

# **ZUM UNRECHT IM VERSUCH**

**— Bemerkungen zur Versuchslehre in Deutschland,  
Österreich und in der Schweiz —**

**Manfred Westpfahl**

**1974**





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41551924\\_0046](https://archive.org/details/IA41551924_0046)





# ZUM UNRECHT IM VERSUCH

- Bemerkungen zur Versuchslehre in Deutschland,  
Österreich und in der Schweiz -

Inaugural - Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde des Fachbereichs Rechtswissen-  
schaft der Ludwig-Maximilians-Universität zu München

vorgelegt von

Manfred Westpfahl

1974



**Referent Prof. Dr. Bockelmann**

**Korreferent: Universitätsdozent Dr. Gössel**

**Tag der mündlichen Prüfung**

**17. Dezember 1974**



Angesichts der Unzahl vorangegangener Arbeiten bedarf eine Untersuchung über den Strafgrund des Versuchs durchaus der Rechtfertigung. Diese kann nicht in der Hoffnung liegen, neue Gesichtspunkte oder gar neue Lösungen zu entwickeln, denn auf dem Gebiet ist im Laufe der Jahrzehnte kein Ansatzpunkt unerwähnt geblieben.

Wohl aber erscheint es nützlich, in den Verästelungen der einzelnen Theorien die dogmatischen Grundvorstellungen zu entdecken, die sie beherrschen. Hierzu einen Beitrag zu leisten, hatte ich dieser Arbeit zum Ziel gesetzt.

Bei der Verfolgung dieses Ziels hat sich die Ausdehnung der Untersuchung auf Verwandtgebiete als förderlich erwiesen. Der Wert des Vergleichs eigener Regelungen mit fremden Lösungen ist allgemein anerkannt. Zudem bietet sich der Vergleich unserer Versuchsdogmatik mit der des österreichischen und schweizerischen Strafrechts von selbst an, da einerseits in der ethischen, kulturellen und zum Teil geschichtlichen Verwandtschaft sowie in der Ähnlichkeit der soziologischen Struktur eine gemeinsame Basis vorhanden ist, die als Grundlage eines Vergleichs nicht entbehrt werden kann, während andererseits in den betreffenden Ländern eine durchaus eigenständige Tradition der Gesetzgebung und der Strafrechtswissenschaft besteht, die in mancherlei Hinsicht von uns gewohnten Vorstellungen abweicht. (Anm. 1)

Erforderlich erscheinen allerdings einige Erläuterungen zum Aufbau der Arbeit, da diese etwas vom üblichen Schema abweicht. Ich habe darauf verzichtet, der Darstellung der österreichischen und schweizerischen Dogmatik ein eigenes, dem Vergleich mit dem deutschen Recht gewidmetes Kapitel anzufügen, weil es mir zu unübersichtlich erschien, die untereinander keineswegs übereinstimmenden ausländischen Lehren der noch uneinheitlicheren deutschen Dogmatik gegenüberzustellen.

1. Vergl. Jescheck, der in ZStrR 73/187 feststellt, daß "die Schweiz .....seit dem Jahre 1893 ihre eigenen Wege gegangen und dadurch für Deutschland auf dem Gebiet der Strafrechtsreform zusammen mit Österreich zu dem wichtigsten Vergleichsland geworden ist.

- Es wäre notwendig gewesen, verschiedene Theorien unter dem Blickwinkel ihrer Ergebnisse zusammenzufassen und damit gerade ihre systematische Verankerung in der Unrechtslehre zu verdecken, um überhaupt einigermaßen übersichtliche Vergleiche anstellen zu können.

Um diese Konsequenz zu vermeiden, habe ich, statt die ausländischen Regelungen mit " dem" deutschen Recht zu konfrontieren, einen allgemeinen 1. Teil als gemeinsamen Bezugspunkt vorangeschickt. Dieser 1. Teil enthält einen abrißartigen Überblick über die gegenseitige Beziehung und Beeinflussung von Unrechts- und Versuchsdogmatik. Mit dieser Gegenüberstellung habe ich das Ziel verfolgt, den Bedeutungswandel verschiedener Begriffe, die in der Versuchsdiskussion ständig auftauchen, vor dem Hintergrund der allgemeinen Veränderung in der Strafrechtsdoktrin erkennbar zu machen und ausgehend von einer grundlegenden Alternative die wechselnden Positionen der Strafrechtslehre zum Problem des Unrechts zu verfolgen sowie die deutliche Abhängigkeit der jeweiligen Standpunkte von der Versuchsdogmatik aufzuzeigen. Die tieferen- im weitesten Sinne soziologischen - Gründe der jeweiligen Unrechtsauffassungen habe ich dabei freilich nicht untersucht.

Es ist auffallend, daß die Versuchsdogmatik im Gegensatz zu früheren Zeiten schließlich zu einem festen Orientierungspunkt geworden ist, an dem die Richtigkeit der Lösungen anderer dogmatischer Probleme überprüft wird. Es ist die eigenartige Situation eingetreten, daß das ehemals hart umkämpfte Gebiet der Versuchslehre von der neueren Entwicklung der Strafrechtstheorie verhältnismäßig unbeeinflusst seinerseits zur letzten Instanz strafrechtstheoretischer Auseinandersetzungen geworden ist. (Anm. 2) Das hindert nicht, auch heute noch das Spannungsverhältnis von Unrechts- und Versuchslehre zu bemerken und darzustellen. Gelingt dieses Vorhaben, können die jeweiligen Stadien in der Entwicklung der Versuchslehre als Bezugspunkte einer vergleichenden Betrachtung dienen. Auf diese Weise finden die Lösungsvorschläge der ausländischen Versuchsdogmatik jeweils einen Platz, der ihre Bedeutung im Gesamtzusammenhang der Strafrechtsdoktrin erkennbar macht.

2. Ebenso Bockelmann in seinem Referat zur Neuordnung der Versuchsbestimmungen vor der großen Strafrechtskommission ( Niederschriften Bd II/Seite 171)



Daß damit nicht nur ein Vergleich im Hinblick auf die abstrakten Möglichkeiten, das Wesen des Unrechts zu erfassen, vorgenommen wird, sondern daß dabei auch das ausländische dem deutschen Recht gegenüber gestellt wird, versteht sich von selbst. In ihrer Geschichte hat die deutsche Strafrechtslehre nahezu jede denkbare Möglichkeit, sich des Unrechtsbegriffs zu bemächtigen, zur Diskussion gestellt und deren Vorzüge und Nachteile gegeneinander abgewogen. Ebenso hat sie eine vollständige Auswahl der Wege, die Rechtswidrigkeit des Versuchs zu begründen, entwickelt. Ganz zwangsläufig geht daher die Eingruppierung einzelner österreichischer bzw. schweizerischer Versuchstheorien an einer bestimmten Stelle im Fächer der Unrechtslehren einher mit der Feststellung, daß diese Theorien deutschen Auffassungen zum Versuch wenigstens im Ansatz, häufig auch in den Konsequenzen entsprechen.

Im Wesen dieser Konzeption liegt es, daß in erster Linie die verschiedenen Meinungen zum Strafgrund des Versuchs, insbesondere zur Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs im Mittelpunkt der Untersuchung stehen. Ebenfalls eine seiner praktischen und dogmatischen Bedeutung angemessene Beachtung hat das Problem der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch sowie die Frage gefunden, aus welchem Grund ein Rücktritt strafbefreiend bzw. strafmildernd wirkt. Nur gestreift wurden dagegen jene Spezialprobleme der Versuchsdogmatik, die die Frage nach der Rechtswidrigkeit nur indirekt betreffen, wie etwa das Problem des Versuchs eines echten oder unechten Unterlassungsdelikts, eines fahrlässigen Delikts u.ä.



# I N H A L T S V E R Z E I C H N I S

=====

## 1. Teil: Versuch und Unrecht

|                                                                                                | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| A. Die systematische Erfassung des Unrechts                                                    | 1     |
| I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit und das Wesen der Norm                                     | 1     |
| II. Methodische Ansatzpunkte                                                                   | 4     |
| B. Die Entwicklung des Rechtswidrigkeitsbegriffs im Hinblick auf die Versuchsdogmatik          | 5     |
| I. Die "naturalistische" Epoche                                                                | 5     |
| 1.) Die Wandlung der Versuchstheorie bei Feuerbach                                             | 5     |
| 2.) Die Bemühungen Mittermaier's um den Begriff der "Tauglichkeit"                             | 9     |
| 3.) Die subjektive Theorie von Buri's als Reaktion auf die Aporie der frühen objektiven Lehren | 13    |
| 4.) Das Auftauchen des Gefahrbegriffs                                                          | 15    |
| II. Der Einfluß des Hegelianismus auf die Versuchsdogmatik                                     | 17    |
| III. Die positivistische Epoche                                                                | 22    |
| 1.) Die Norm als Befehl - die Imperativentheorie-                                              | 22    |
| 2.) Die Norm als Wertung                                                                       | 31    |
| a) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand                                                          | 32    |
| b) Der Durchbruch des Adaequanzbegriffs                                                        | 40    |
| IV. Die Epoche der sogenannten teleologischen Rechtsfindung                                    | 67    |
| 1.) Die subjektiven Unrechtselemente                                                           | 67    |
| 2.) Das Rechtsgut als teleologischer Begriff                                                   | 72    |
| 3.) Der teleologisch gebildete Begriff der Pflichtwidrigkeit: Die Treuwidrigkeit.              | 91    |

|     |                                                                    |             |
|-----|--------------------------------------------------------------------|-------------|
| V.  | Der Finalismus                                                     | Seite<br>98 |
| 1.) | Norm und ontologische Struktur des Handelns                        | 98          |
| 2.) | Der Versuch als "soziale Realität"                                 | 107         |
| VI. | Die soziale Handlungslehre und das Problem des untauglichen Täters | 115         |

## 2. Teil: Die Strafbarkeit des Versuchs in Österreich

|      |                                                                                                      |            |
|------|------------------------------------------------------------------------------------------------------|------------|
| I.   | Zur geschichtlichen Entwicklung der Versuchsbestimmung im österreichischen StG                       | 135<br>137 |
| II.  | Die Versuchslehre als Spiegelbild der allgemeinen Verbrechenslehre in der Mitte des 19. Jahrhunderts | 140        |
| 1.)  | Die Lehre von Hye                                                                                    | 143        |
| 2.)  | Die Lehre von Herbst                                                                                 | 144        |
| 3.)  | Der Standpunkt Geyers                                                                                | 144        |
| III. | Die frühere Rechtsprechung des OGH zum Versuch                                                       | 149        |
| 1.)  | Die früheren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs                                                | 149        |
| 2.)  | Die Abgrenzungsschwierigkeiten im Schrifttum                                                         | 150        |
| 3.)  | Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung in früheren OGH-Entscheidungen                           | 162        |
| 4.)  | Der Tatbestandsbegriff und das Problem des Rücktritts vom Versuch bei Hye und Herbst                 | 170        |
| IV.  | Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie                                                       | 171        |
| 1.)  | Die Lehre von Lammasch                                                                               | 171        |
| 2.)  | Der Widerstand in der österreichischen Lehre gegen Lammasch's Theorie                                | 184        |
| 3.)  | Die subjektive Theorie bei Janka                                                                     | 185        |
| 4.)  | Weitere Vertreter der subjektiven Theorie in Österreich                                              | 191        |
| 5.)  | Die vermittelnde Lehre Fingers                                                                       | 194        |
| V.   | Der Streit um die Auslegung von § 8 StG zu Anfang des 20. Jahrhunderts                               | 201        |

|                                                                                              | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| VI. Die Entwicklung der Versuchslehre in der Auseinandersetzung zwischen Rittler und Kadečka | 211   |
| 1.) Die Lehre Rittlers                                                                       | 211   |
| 2.) Die Lehre Kadečkaš                                                                       | 222   |
| VII. Die Fortentwicklung der Lehre durch Nowakowski                                          | 234   |
| VIII. Die vermittelnden Lehren in der gegenwärtigen österreichischen Versuchsdogmatik        | 247   |
| 1.) Die Lehren von Horrow und Malaniuk                                                       | 247   |
| 2.) Die Lehre Roeders                                                                        | 253   |
| 3.) Die Lehre Burgstallers                                                                   | 255   |
| IX. Die Stellungnahme zur Strafbarkeit des Versuchs in der Kommentar-Literatur               | 261   |
| X. Die Reform des StG und die neuere Rechtsprechung des OGH zum Versuch                      | 264   |

### 3. Teil: Die Versuchsbestrafung in der Schweiz

|                                                                                            |     |
|--------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| I. Die geltenden Bestimmungen                                                              | 284 |
| II. Der Stand der Versuchsdogmatik vor der Reform                                          | 285 |
| 1.) Das Lehrbuch Pfenningers                                                               | 285 |
| 2.) Die Stooß'sche Theorie                                                                 | 286 |
| 3.) Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung                                            | 287 |
| 4.) Das Problem des Rücktritts vom Versuch bei Stooß                                       | 288 |
| III. Die Schaffung eines bundeseinheitlichen Strafgesetzes                                 | 289 |
| 1.) Der Stooß'sche Vorentwurf von 1893                                                     | 289 |
| 2.) Die Entwicklung der Reformbestrebungen                                                 | 289 |
| IV. Die Theorie Germanns                                                                   | 291 |
| 1.) Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie aus der schweizerischen Rechtstradition | 294 |
| 2.) Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie aus dem Strafzweck                      | 296 |
| 3.) Die dogmatische Position Germanns                                                      | 297 |
| 4.) Der Einfluß der Lehre Germanns auf andere Autoren                                      | 299 |

|                                                                                    | Seite |
|------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| V. Die Theorie Hafters                                                             | 300   |
| 1.) Der Versuchsbegriff im Spannungsfeld formaler und materieller Kriterien        | 302   |
| 2.) Die Entwicklung der Hafter'schen Lehre in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs | 304   |
| VI. Die Literatur nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches         | 308   |
| 1.) Die Lehre Thormanns zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch                | 309   |
| 2.) Der Grundriß von Clerc-Steck                                                   | 310   |
| 3.) Der Kommentar von Logoz                                                        | 311   |
| 4.) Der Kommentar von Thormann-Overbeck                                            | 312   |
| 5.) Monographien zur Versuchslehre nach 1942                                       | 313   |
| 6.) Die Interpretation der geltenden Versuchsbestimmungen durch Germann            | 319   |
| VII. Die dogmatische Vertiefung der Versuchslehre bei Stratenwerth                 | 326   |
| 1.) Das Problem der fakultativen Strafmilderung                                    | 326   |
| 2.) Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert                                | 329   |
| 3.) Die finale Handlungslehre und die subjektive Versuchstheorie in der Schweiz    | 335   |
| VIII. Neuere objektiv orientierte Versuchslehren                                   | 337   |
| 1.) Der Adaequanzbegriff in der Lehre Schwanders                                   | 337   |
| 2.) Die objektive Lehre von Schultz                                                | 342   |
| 3.) Der Standpunkt Pfenningers                                                     | 344   |
| IX. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts                                          | 344   |
| 1.) Grundlagen                                                                     | 344   |
| 2.) Die wissenschaftliche Vorarbeit zu der Abgrenzungstheorie des Bundesgerichts   | 350   |
| 3.) Der Standpunkt des Bundesgerichts zur Abgrenzungsfrage                         | 353   |
| 4.) Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rücktritt vom Versuch                | 356   |



4. Teil: Neuregelung der Versuchsbestimmungen  
in den Strafrechtsreformgesetzen

---

|                                                                            | Seite |
|----------------------------------------------------------------------------|-------|
| I. Die Reformgesetzgebung in Deutschland, in Österreich und in der Schweiz | 358   |
| 1.) Die Reform des schweizerischen StGB                                    | 358   |
| 2.) Die Reform des österreichischen Strafgesetzes                          | 359   |
| 3.) Die Reform des deutschen StGB                                          | 363   |
| II. Neues Schrifttum in der Versuchslehre                                  | 368   |
| 1.) Die österreichische Literatur zur Reform der Versuchsbestimmungen      | 369   |
| 2.) Neue Entwicklungen in der deutschen Literatur                          | 377   |
| Literaturverzeichnis                                                       | 392   |

## 1. Teil: Versuch und Unrecht

### A. Die systematische Erfassung des Unrechts

#### I. Der Begriff der Rechtswidrigkeit und das Wesen der Norm.

Um seine strafrechtliche Relevanz aufzuweisen, wird jedes Verhalten einem vorher festgelegten Begriff der Rechtswidrigkeit gegenüber gestellt (Anm. 1) und an diesem gemessen. Es bestehen grundsätzlich zwei Möglichkeiten, diesen Begriff der Rechtswidrigkeit zu bilden: Eine substantielle Betrachtungsweise, die in der Rechtswidrigkeit die Verletzung von Rechtsgütern und eine formale, die in der Rechtswidrigkeit die "Verletzung" von Normen zieht.

Entweder trennt man zwischen der Norm selbst und den hinter ihr stehenden Wertentscheidungen und beschränkt die im Begriff der Rechtswidrigkeit liegende Wertung auf die Aussage der Norm als solche oder man versteht die Norm als Ausdruck des Rechtsgüterschutzes und läßt damit den Begriff des Rechtsgutes direkten Einfluß auf den der Rechtswidrigkeit nehmen. Im ersten Fall können die die Ordnung der Rechtsgüter betreffenden Vorstellungen zunächst nur indirekt als Auslegungsgesichtspunkte Bedeutung für das Unrechtsurteil erlangen, im zweiten Fall ist die Wertung eines Rechtsguts Teil des Urteils über die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens selbst.

Daß diese Gegenüberstellung nicht zwangsläufig zu einem sachlichen Gegensatz führen muß, versteht sich von selbst. So braucht es im Ergebnis keinen Unterschied zu machen, ob darauf abgestellt wird, welchen Gehalt die Rechtsgüter haben oder darauf, welche Gebote und Verbote die Norm enthält. Mit der Wahl

1. Dabei ist ganz gleichgültig, ob der Begriff des Rechts bzw. der Rechtswidrigkeit seinerseits im Hinblick auf allgemeine Handlungsstruktur<sup>an</sup>gebildet worden ist. Zur Diskussion steht in diesem Zusammenhang nur das konkrete Handeln in einer bestimmten Situation.

zwischen diesen Alternativen ergibt sich jedoch, welche Aspekte des menschlichen Verhaltens bei dieser Gegenüberstellung relevant werden:

Ist die Rechtswidrigkeit als Verletzung von Rechtsgütern - was immer auch darunter zu verstehen ist - definiert, wird das Verhalten im Hinblick auf die Verursachung des Verletzungserfolgs zu beurteilen sein. Fehlt es an einer solchen Verletzung, wird man nach einer Quasiverursachung etwa in Form der Gefährlichkeit oder der Tauglichkeit, eine Verletzung herbeizuführen, fragen. Auf diese Weise läßt sich die Rechtswidrigkeit des Versuchs selbst bei einem ausgesprochen körperlichen Begriff des Rechtsguts einigermaßen prinzipiengetreu erfassen.

Hat man dagegen den Begriff der Rechtswidrigkeit als Verletzung von Normen bzw. als Pflichtwidrigkeit festgelegt, wird man ein Verhalten daraufhin zu untersuchen haben, ob es die Mißachtung des fraglichen Gebots oder Verbots enthält. Zwar kann auch in diesem Zusammenhang der Verletzungserfolg bzw. die Gefährlichkeit eines Verhaltens von Bedeutung sein - dann nämlich, wenn die Vorschrift diesen Verletzungserfolg oder die Gefährlichkeit umschreibt; doch bleibt auch in diesem Fall das Rechtswidrigkeitsurteil auf die Feststellung der Pflichtwidrigkeit beschränkt. Es bestehen dann keine Schwierigkeiten, auch im Versuch jene Pflichtwidrigkeit zu entdecken, die das Wesen der Rechtswidrigkeit ausmacht.

Es mag nun der Eindruck entstanden sein, als sei der von der Entwicklung überholte Gegensatz zwischen Bewertungs- und Bestimmungsnorm aus der Versenkung geholt worden. Ein derartiger Eindruck wäre indessen nicht berechtigt.

Der besonders in der Epoche des Positivismus ( Anm. 2) heftig

2. Zu dieser Auseinandersetzung bereits seinerzeit Kohlransch ZStW 25/656, der den nur scheinbaren Gegensatz der eingenommenen Positionen wie folgt beschrieb: (a.a.O. Seite 657) Die bisher herrschende Lehre hat diese Frage nach der Rechtswidrigkeit einer Handlung nicht zu beantworten vermocht. Sie sagt formell

ausgetragene Streit betraf im wesentlichen die Frage, ob die Norm aus der ihr zugeschriebenen und von ihr erhofften Funktion gegenüber ihrem Adressaten - der Bestimmung des potentiellen Rechtsbrechers zu normgemäßem Verhalten - oder aus der ihr beilegelegten tatsächlichen Ordnungswirkung auf das Verhältnis von Wert und Zustandsveränderung in der Außenwelt zu verstehen sei. (Anm.3) Die Entscheidung in dieser Frage präjudiziert keineswegs zwangsläufig die Antwort auf die weitere, hier aktuelle Frage, ob die Rechtswidrigkeit vom Rechtsgut oder von der Norm her zu bestimmen versucht wird. Freilich hatte die Auseinandersetzung zwischen den genannten Theorien in einer bestimmten Phase der Entwicklung (Anm.4) ihren Platz in dem durch die Alternative von Norm und Rechtsgut entworfenen Gesamtbild.

Dehnt man jedoch die Bedeutung der Begriffe Bewertungs- und Bestimmungsnorm dahin, aus, daß damit über ihre dogmengeschichtlich festgelegte Bedeutung hinaus der Gegensatz zwischen einem rechtsguts- und einem normorientierten Rechtsverständnis schlechthin bezeichnet werden soll, was diesen Begriffen eben nicht von vornherein innewohnt, hat dieser alte Streit seine Aktualität allerdings nicht verloren. Denn etwa von Erfolgsunrecht kann nicht gesprochen werden, wenn aus der Norm nicht Bewertung des

bedeutet Rechtswidrigkeit Gesetzesverletzung, Normwidrigkeit, materiell Rechtsgutsverletzung. Allein damit ist in Wahrheit nur ein einziger Begriff der Rechtswidrigkeit aufgestellt, und zwar ein formeller, der uns nichts neues sagt. Denn das ein Interesse "Rechtsgut" ist, entnimmt man ja nur der Tatsache, daß es rechtlich geschützt, daß seine Verletzung "normwidrig" ist. Wann sie das ist, sagt uns aber erst das Strafgesetzbuch, während wir doch nach einem Merkmal suchen, daß Voraussetzung für die Anwendung des Strafgesetzes ist! Der positivistische Ansatz wird, worauf Kohlrausch zutreffend hingewiesen hat, durch den Rechtsgutsbegriff sofern dieser selbständig ist, gesprengt.

3. Klärend und abschließend Mezger GS 89/241: "Das Recht als Bewertungsnorm ist unbedingte logische Voraussetzung des Rechts als Bestimmungsnorm". Neuerdings ausführlich Lampe : Das personale Unrecht S.20 ff.

4. Vergl.: 1.Teil B/S.110 ff., 71 ff.



Erfolgs abgeleitet werden kann und von Pflichtwidrigkeit und Handlungsunrecht ist nur zu reden, wenn aus der Norm das Gebot abzulesen ist, das zu achten der jeweilige Adressat verpflichtet ist.

## II. Methodische Ansatzpunkte

Die Grundfrage nach der Rechtswidrigkeit wurde durch verschiedene Methoden, Inhalt und Wesen der Gesetze zu erfassen, beeinflusst. Mehrere methodische Grundeinstellungen dem Recht gegenüber lassen sich unterscheiden. Einmal können die Rechtsätze aus ihrer konkreten Gestalt vom positivistischem Standpunkt aus verstanden werden, zum anderen kann der einzelne Rechtsatz in seiner Abhängigkeit von bestimmten Faktoren gesehen werden, wobei wiederum unterschieden werden kann zwischen einer Abhängigkeit des Rechtsatzes von einer teleologischen verstandenen Gesamtrechtsordnung und einer Abhängigkeit von sachlogischen bzw. ontologischen Vorgegebenheiten.

Zwischen der Bestimmung des Begriffs der Rechtswidrigkeit und der generellen methodischen Einstellung den Rechtsätzen gegenüber lassen sich die verschiedensten Kombinationen denken, die im Laufe der Geschichte auch tatsächlich eine Rolle gespielt, haben. Ohne zu untersuchen, warum in der einen Epoche eine Lösung gerade zeitgemäß erschien, die in anderen Zeiten nie zur Debatte gestanden hätte, läßt sich verfolgen, wie die methodische Frage nach dem Recht in gewissem Maße präjudiziell für die Frage nach dem Begriff des Rechtsguts bzw. der Norm und damit für die Frage der Rechtswidrigkeit geworden ist, und daß sich das Schicksal des tiefgreifendsten Problems in der Versuchsdogmatik - des Problems des Strafgrundes des Versuchs - schon auf dem Vorfeld der engeren Versuchsdogmatik entscheidet. Dabei zeigt sich, daß gerade beim Versuch der systematische Verbrechensaufbau häufig größte Schwierigkeiten bereitet hat, und daß durch die verschiedenen Lösungsversuche, zu denen diese Schwierigkeiten

rigkeiten Anlaß gegeben haben, die allgemeine dogmatische Entwicklung vorwärtsgetrieben wurde.

## B. Die Entwicklung des Rechtswidrigkeitsbegriffs im Hinblick auf die Versuchsdogmatik.

### I. Die "naturalistische" Epoche

#### 1.) Die Wandlung der Versuchstheorie bei Feuerbach

Aufbauend auf den Vorstellungen der Aufklärung war Feuerbach (Anm. 1) der Ansicht, Kern des Verbrechens sei die Verletzung subjektiver Rechte, die dem Individuum aufgrund des "Gesellschaftsvertrages" gegeben waren, und die es gegen die Willkür des Staates geltend machen konnte. Die Verletzung eines subjektiven Rechts war ohne weiteres dann zu konstatieren, wenn sie einherging mit der Verletzung dessen, worauf das Recht gerichtet war und von woher es seinen Inhalt empfangt, wenn also etwa mit der Körperverletzung gleichzeitig auch das subjektive Recht auf die körperliche Unversehrtheit verletzt wurde. Was sollte aber gelten, wenn das Recht zwar angegriffen und durch den Angriff mißachtet, nicht aber dessen Substrat, dessen Gegenstand, tangiert wurde, wenn der Angriff also erfolglos geblieben war?

Diese Frage hätte auf zwei Arten beantwortet werden können: Einmal wäre es keineswegs systemwidrig gewesen, den bloßen Angriff auf das subjektive Recht als "Verletzung" anzusehen, das Recht des einzelnen also dahin auszudehnen, daß es mit der den anderen jeweils auferlegten Pflicht, das Recht des Individuums schlechthin zu achten, korrespondiert. In jedem Versuch hätte dann eine Rechtsverletzung gesteckt und jeder Unterscheidung nach der Tauglichkeit wäre die weitere Untersuchung entoben gewesen. Ursprünglich scheint Feuerbach diesen Weg eingeschlagen zu haben, denn in der 1801 erschienenen 1. Auflage seines Lehrbuchs (Anm. 2) vertrat er noch die Auffassung, daß der untaugliche

1. Lehrbuch § 2 I, vergl. hierzu eingehend Sina : Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs " Rechtsgut" S. 9, 10

2. §§ 60, 61. Ebenso sah Tittmann (Handbuch des Strafrechtswissenschaft 1. Ausgabe ) die Untauglichkeit der Versuchshandlung für die Strafbarkeit als bedeutungslos an.

Versuch strafbar sei.

Die zweite Möglichkeit bestand darin, daß der enge Zusammenhang von subjektivem Recht und Gegenstand dieses Rechts hervorgehoben wurde mit der Folge, daß eine tatsächlich wahrnehmbare Verletzung beispielsweise der Körperintegrität, des Eigentums, der Ehre etc. vorliegen muß, um von einer Rechtsverletzung zu sprechen. Diese Lösung harmonisiert mit der Erkenntnis, daß Rechte als solche nicht eigentlich verletzt werden können, denn nach ihrer "Verletzung" bestehen sie unverändert fort. Die Lösung gerät jedoch in Konflikt mit einem allgemeinen Strafbedürfnis, wenn der Verletzungserfolg zwar nicht eingetreten ist, wenn der Täter jedoch durch sein Verhalten den festen Willen zu erkennen gegeben hat, den Erfolg herbeizuführen.

Die Wendung der Blickrichtung ins Gegenständliche legte es nahe, im Bereich des Versuchs nach Parallelen für das Element zu suchen, das im objektiven Erscheinungsbild des Verbrechens die Tat mit dem Täter verbindet, der Kausalität. Die Gefahren, denen sich dieses Bemühen zwangsläufig aussetzte, sind offensichtlich (wenngleich bis heute versucht wird, ontologische Begriffe mit Wertbegriffen zu verknüpfen.) Trotz dieser Gefahren sind ihnen in den folgenden Jahrzehnten nahezu alle Theorien, die die Versuchsdogmatik zum Gegenstande hatten, und sich einer naturalistischen Methode zur Lösung des Problems bedienten, erlegen.

Anfangs glaubte man, unter Zugrundelegung einer konkreten Betrachtungsweise zum Ziel zu kommen und die Parallele zur Kausalität beim vollendeten Delikt in einer teilweisen Kausalität beim Versuch finden zu können. Feuerbach hat das auch geglaubt und in der 4. Auflage seines Lehrbuchs (Anm. 3) gelehrt, die Strafbarkeit eines Verhaltens hänge davon ab, "daß die Handlung selbst ihrer äußeren Beschaffenheit nach mit dem beabsichtigten Verbrechen in ursächlichem Zusammenhang stehe, daß sie objektiv gefährlich sei". Für den Versuch bedeutet das, daß ein ursäch-

licher Zusammenhang zwischen der Handlung und dem b e a b -  
s i c h t i g t e n Verbrechen bestehen muß, damit der Täter  
bestraft werden kann. Die Eigenart dieser Konstruktion fällt  
ohne weiteres auf, denn neben die tatsächliche Kausalität tritt  
eine weitere, die sich auf einen beabsichtigten, noch irrealen  
Erfolg bezieht. Schießt etwa ein Täter in Tötungsabsicht auf  
seinen Feind, trifft er aber nur den daneben stehenden Baum,  
müßte man nach der Theorie Feuerbach's zwei Erfolge dieser Hand-  
lung annehmen: erstens als tatsächlichen Erfolg das Loch im  
Baum und zweitens als vorgestellten, in der Handlung jedoch be-  
reits rudimentär enthaltenen Erfolg die beabsichtigte Tötung  
des Feindes.

Es ist offenbar, daß diese Lehren, die - bestärkt durch das von  
Crivellari geprägte und auf den Versuch gemünzte Bild des  
" crimen in itinere " - auf der Vorstellung einer ursprünglich  
gegebenen Kausalität aufbaut, einer Kausalität , die dann spä-  
ter abbricht, abirrt oder sonst irgendwie im Sande verläuft  
(Anm.4), nicht zum Ziele führen. Am Beispiel des beendeten Ver-  
suchs, wo ein an Stelle des erwünschten ein eingetretener ander-  
er Erfolg vorliegt, ist dies für jedermann erkennbar.

Delaquis (Anm.5) bemerkte bei seiner Darstellung der Feuer-  
bach'schen Versuchslehre daher ganz zutreffend, daß man die  
Äußerungen Feuerbach's nicht wörtlich nehmen dürfe, wenn sie  
überhaupt einen Sinn behalten sollen. Dieser Hinweis berührt  
jedoch nicht die Tatsache, daß Feuerbach damals glaubte, die  
Frage der Kausalität mit Nutzen im Bereich der Versuchsproble-  
matik verwenden zu können.

4. Für die Theorie, der Versuch sei teilweise Verwirklichung der  
bösen Absicht später auch Geyer GS 18/35ff dagegen Baumgarten  
" Die Lehre vom Versuche der Verbrechen " S. 314, dieser aller-  
dings auch unter Verwendung des schiefen Bildes: " überhaupt be-  
schreitet der böse Wille im Versuch nicht eine Strecke des Weges  
welcher zur Vollendung führt " - insoweit zutreffend , im folgen-  
den aber irreführend - " sondern er irrt von demselben in anderer  
Richtung ab."

5. Delaquis der untaugliche Versuch S.66,70, wo Feuerbach den rein  
objektiven Lehren gegenübergestellt wird, die eine konkretere  
Ausführungshandlung verlangen.

Daß die Suche nach einer konkret gegebenen Teilkausalität vergeblich sein würde, wurde in der Folgezeit bemerkt. Allgemein setzte sich die Auffassung durch, daß die Kausalität eines Geschehens nur im Rückblick nach Eintritt des Erfolges konstatiert werden könne, daß mit anderen Worten die Prognose der Ursächlichkeit einer Handlung für einen bestimmten Erfolg mit Sicherheit nicht getroffen werden kann, da es dem Menschen an der dazu erforderlichen Allwissenheit fehlt. Die für die Kausalitätsprüfung gefundene Formel der *conditio sine qua non* ist ein typischer Ausdruck dieser Erkenntnis."

Dennoch gelang es nicht, die Diskussion um die Strafbarkeit des Versuchs von Argumenten freizuhalten, die aus dem Gebiet der Kausalität bezogen wurden. Der Grund dazu lag darin, daß das Verbrechen immer weniger als Verletzung subjektiver Rechte und immer mehr als Verletzung von Rechtsgütern verstanden wurde.

Birnbaum (Anm.6), dem die Begründung des Rechtsgutsbegriffs allgemein zugeschrieben wird, ging davon aus, daß das Recht weder vermindert noch entzogen wird, wenn der Gegenstand des Rechts(" das Gut") entzogen oder vermindert wird. Ihm schwebte vor, daß dem in der geistigen Sphäre angesiedelten Recht ein empirisch-naturalistisch erfassbares Rechtsgut gegenüber stehe. Dieser Dualismus von Geist und Körper im Recht hatte für die Entwicklung des Unrechtsbegriffs die naheliegende Folge, daß dieser auf die Verletzung des Rechtsguts bzw. die konkrete Verursachung des Verletzungserfolgs beschränkt wurde. Relevant für die Prüfung der Rechtswidrigkeit war nur die Seite des menschlichen Verhaltens, die sich als äußere Verursachung der fraglichen Verletzung darstellte.

Damit blieb weiterhin die Frage der Rechtswidrigkeit mit der Frage der Kausalität verknüpft, und zwar in der Weise, daß die Ursächlichkeit zum unentbehrlichen Element des Unrechts



wurde. Erst später durch die "Entdeckung" und Vorseלבständigung des Tatbestandes wurde diese Vorfrage der Zurechnung von der eigentlichen Rechtswidrigkeitsprüfung getrennt. (Anm. 7) Vorerst jedoch wurde weiterhin nach einem Ersatz für die fehlende Kausalität beim Versuch gesucht.

Einer Theorie, die das Problem der Rechtswidrigkeit derart eng mit der naturwissenschaftlich feststellbaren Verursachung des Verletzungserfolgs verknüpfte, fehlte die rechte Basis, die Fälle in ihrem System einzubauen, die sich gerade durch das Fehlen dieser Kausalität zwischen Verhalten und (tatbestandlichem) Erfolg auszeichneten und die dennoch offensichtlich strafwürdig waren. Etwa auf die verbrecherische Absicht als tragendes Element im Unrecht des Versuchs abzustellen, wurde ausdrücklich abgelehnt (Anm. 8). Dies wäre mit den Grundlagen des Systems - der naturalistischen Verbrechensauffassung - auch nicht vereinbar gewesen.

## 2. Die Bemühungen Mittermaier's um den Begriff der "Tauglichkeit"

Nachdem sich Feuerbach vergeblich bemüht hatte, im Versuch wenigstens Rudimente der konkreten Ursächlichkeit nachzuweisen, blieb nur noch der Weg offen, von den tatsächlichen Wirkungen einer Handlung zu abstrahieren und nach ihrer Quasikausalität, ihrer Tauglichkeit zu fragen. Dieser Begriff schien einerseits den Einwänden gegenüber sicher, die aus dem Nichteintritt des Erfolges beim Versuch gegen die Lösung Feuerbach's hergeleitet wurden, andererseits blieb er dem Kausalitätsprinzip so nahe verwandt, daß man sogar glaubte, die Tauglichkeit nach Graden der Kausalität abstufen zu können (Anm. 9).

7. Vergl. dazu unten S. 32 ff

8. So in der durch Mittermaier besorgten Ausgabe des Feuerbach'schen Lehrbuchs von 1836 in § 4 Note o

9. So jedenfalls Baumgarten "Die Lehre vom Versuche der Verbrechen" in seiner Kritik an Mittermaier S. 250.

Abgesehen davon, daß sich in dieser Vorstellung kein sehr klares Bild vom Wesen der Kausalität widerspiegelt - Zwischenstufen zwischen vorhandener und nicht vorhandener Ursächlichkeit bestehen eben nicht - zeigte sich bald, daß der Begriff der objektiven Tauglichkeit sowenig die in ihn gesetzten Hoffnungen zu erfüllen im Stande war wie der nahezu synonym gebrauchte Begriff der objektiven Gefahr. Die erwünschte Verwandtschaft zwischen den Begriffen Ursächlichkeit und Tauglichkeit war nämlich nur dann gewährleistet, wenn die gleiche Methode angewandt wurde, um ihren Inhalt zu bestimmen, wenn also ein Verhalten jeweils aus der gleichen Blickrichtung beurteilt wurde. Diese gemeinsame Perspektive konnte nur die Betrachtung des Verhaltens ex post sein, nachdem immer klarer zu Tage getreten war, daß auch über die Ursächlichkeit eines Geschehens erst dann eine Aussage zu machen ist, wenn sie sich gleichsam selbst bestätigt hat.

Von dem ex post Standpunkt die Tauglichkeit zu beurteilen, bietet jedenfalls außerordentlich große Schwierigkeiten. Aus der Methode der Untersuchung ergibt sich zwar, daß jedenfalls abstrahiert werden muß, will man nicht die Begriffe Tauglichkeit und Ursächlichkeit identifizieren, in welcher Weise und in welchem Umfang die Abstraktion jedoch geboten und zulässig ist, ergibt sich aus dem gewählten Ansatzpunkt nicht. Eine sichere Antwort auf die Frage, ob ein Versuch "an sich" tauglich war, einen bestimmten deliktischen Erfolg herbeizuführen, läßt sich offenbar nicht geben.

Mittermaier hat mehrere Ansätze unternommen, um diese Antwort zu finden. Festgehalten hat er bis zuletzt an der von ihm selbst geschaffenen Unterscheidung von absoluter und relativer Untauglichkeit (Anm. 10), die ihre praktische Bedeutung bis heute nicht verloren hat (Anm. 11).

10. Vergl. N. Arch. f. Krim. R. I/183-189, IV/104 ff, X/553, GS 11/403-450.

11. Vergl. insbesondere für das österreichische Recht unten S. 111.

Der absolut untaugliche Versuch sollte seiner Ansicht nach straflos bleiben, der relativ untaugliche Versuch dagegen bestraft werden. Wann aber ist ein Versuch absolut, wann nur relativ untauglich? Absolut untauglich war der Versuch nach Mittermaier jedenfalls am fehlenden oder untauglichen Objekt (Anm.12), hinsichtlich des Mittels war jedoch zu unterscheiden zwischen solchen, die "ganz unzweckmäßig" waren (Anm.13), die nicht "im Kausalzusammenhang stehenden verbrecherischen Mittel" (Anm.14) die schlechthin nicht zur Vollendung taugten - diese Mittel waren seiner Ansicht nach als absolut ungeeignet anzusehen, - und solchen, die "an sich" wohl taugten, in concreto jedoch nicht zum Ziele führten und daher nur relativ untauglich waren. Diese, dem juristischen Denken so vertraute Konzeption stieß auf schier unüberwindliche Schwierigkeiten, wenn es galt, in konkreten Fällen Abgrenzungen vorzunehmen. Die Probleme des unzureichenden Mittels, des in der Hand des Täters ungeeigneten Mittels, des nicht existierenden Objekts und des bloß nicht am Tatort befindlichen Objekts u.a.m., die durch die Unterscheidung innerhalb der Tauglichkeit bzw. Untauglichkeit auftraten, waren ( und sind) letztlich nicht zu lösen.

Mittermaier selbst hat im Laufe der Zeit verschiedene Lösungsvorschläge gemacht. Ursprünglich unterschied er in dem inzwischen üblich gewordenen Sinn (Anm.15). Relativ untauglich waren etwa der Versuch, wenn der abgegebene Schuß das anvisierte Opfer nur knapp verfehlte, wenn die Giftmenge nicht ausreichte, wenn also das Nichterreichen des Ziels auf einem "Zufall" beruhte - absolut untauglich dagegen: der Schuß auf den Baumstamm oder auf die Leiche, der Vergiftungsversuch mit Zucker, der "Diebstahl" der eigenen Sache und erst recht der abergläubische Versuch, in dessen Nähe Mittermaier den absolut untauglichen Versuch überhaupt gerückt hatte. Dann erweiterte er die Strafbarkeitsgrenze,

12.Mittermaier N.Arch. f.Crim.R. I/171, 195.

13.Mittermaier N.Arch.f.Crim.R. I/183.

14.Mittermaier N.Arch.f.Crim.R. I/172

15.N.Arch. f.Crim.R.I/183/199

indem er nur noch den abergläubischen Versuch im eigentlichen Sinn und den aus Dummheit untauglichen Versuch straflos lassen wollte (Anm.16), während er schließlich diese Grenze wiederum dadurch verengte, daß er den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln und am nicht existierenden Objekt dem abergläubischen Versuch gleichstellte und auf diese Weise den Bereich der Strafbarkeit verkleinerte (Anm.17). Schließlich kehrte er in seinem Aufsatz "Der Versuch vom Verbrechen, bei denen es an dem erforderlichen Gegenstande des Verbrechens mangelt, und der Versuch mit untauglichen Mitteln" (Anm.18) zu seinem Ausgangspunkt zurück.

Da es nur darum geht, das Verhältnis der Versuchsdogmatik zur Unrechtsvorstellung zu verdeutlichen, soll die Lehre Mittermaiers in weitere Einzelheiten nicht verfolgt werden. Der aus seiner Versuchslehre abzuleitende Unrechtsbegriff verdient jedoch noch eine Bemerkung. Zwar ist das Verständnis des Unrechts geprägt durch die Entwicklung des Gegenstandes, an dem das Unrecht geschieht, vom subjektiven Recht zum Rechtsgut. Das Rechtsgut wurde jedoch als konkret und körperlich begriffen. Die Methode zur Definition des Unrechts war demgemäß naturalistisch; der Begriff der Kausalität rückte verkleidet als "Tauglichkeit" in den Mittelpunkt und wurde zum Kernbegriff nicht nur des Versuchs, sondern auch der Unrechtsdogmatik. Damit kann ein erstes Ergebnis der Untersuchung des zwischen Unrecht und Versuch bestehenden Zusammenhangs verzeichnet werden: Eine auf dem Rechtsgut aufbauende und dieses naturalistisch begreifende Theorie vom Unrecht korrespondiert mit einer Versuchstheorie, die auf dem Begriff der Tauglichkeit aufbaut.

16. N.Arch.f.Crim.R. IV/104 ff. Es heißt dort (S. 105): "Wer Gift geben wollte, und, den zufällig ihm zur Hand gekommenen Zucker für Gift haltend, unter die Speise seines Feindes zu mischen begann, hat strafbaren Versuch begonnen." Von seiner früheren Stellungnahme zu dieser Frage distanzierte sich Mittermaier ausdrücklich.

17. N.Arch.f.Crim.R.X/553

18. GS 11/403

### 3. Die subjektive Theorie von Buri's als Reaktion auf die Aporie der frühen objektiven Lehren

Nicht weniger als für eine objektive Versuchstheorie ist eine naturalistische Methode zur Erfassung des Unrechtsbegriffs jedoch auch Grundlage einer subjektiven Versuchslehre, die als Kehrseite zur objektiven Theorie ihre Argumente im wesentlichen aus der Tatsache bezieht, daß dem Versuch jedenfalls die Eignung zum Erfolg fehlt, wobei freilich darauf hinzuweisen ist, daß zwar der Begriff der Tauglichkeit beim Versuch immer auf eine naturalistische Auffassung vom Rechtsgut hindeutet, nicht aber auch eine Versuchslehre, die den Begriff der Tauglichkeit gerade ablehnt.

Mit seinem Kampf gegen den Begriff der Tauglichkeit hat von Buri der subjektiven Versuchstheorie in Deutschland -jedenfalls, soweit es die Rechtsprechung des RG betraf - zum Durchbruch verholfen. In zahlreichen Aufsätzen(Anm.19) hat er darauf hingewiesen, daß eine "potentielle" Kausalität zwischen Handlung und gewolltem Verbrechen beim Versuch ebensowenig angenommen werden kann wie die Vorstellung, der Versuch sei ein Teil der Vollen- dung. Er hat die bedenklichen Konsequenzen gezeigt, die die Methode der Abstraktion gerade auf dem Gebiet des Versuchs haben muß, und er hat die Unterscheidung zwischen absoluter und relativer Untauglichkeit als fiktiv gekennzeichnet.

Alldem mag ohne weiteres zuzustimmen sein, eine dogmatisch selbständige Begründung für die subjektive Versuchstheorie ist in diesen Argumenten allerdings nicht zu finden. Die Frage, warum nach der subjektiven Theorie nunmehr jeder Versuch zu strafen sei und nicht vielmehr kein Versuch (was deshalb nahe gelegen hätte, weil von Buri einen zurechenbaren objektiven Tatbestand

19. vergl. u.a. GS/19/ 59ff, 20/325 ff, 32/321 ff, 40/503 ff, 44/321 ff, ZStW 1/185 ff und GA 25/265 ff.



beim Versuch nicht gelten lassen wollte, da der Wille einer bedeutungslosen Tatsache keine objektive Bedeutung verleihen könne (Anm.20), wird nur scheinbar beantwortet. Es geschieht dies mit einer *petitio principii*, die zeigt, wie selbst von Buri und ihm folgend das RG dem schillernden Begriff "tauglich" erlegen ist. von Liszt (Anm.21) hat diesen Zirkelschluß so formuliert: "Jeder Versuch ist strafbar; der untaugliche Versuch ist Versuch; folglich ist der untaugliche Versuch strafbar". Es scheint also, als gäbe es neben dem untauglichen auch einen tauglichen Versuch -nur dann nämlich wäre das "folglich" berechtigt. Das aber leugnen gerade die Subjektivisten. Nach ihrer Auffassung müßte es daher richtig heißen: Jeder Versuch ist strafbar, jeder Versuch ist untauglich. Daraus sind aber keine weiteren Schlüsse zu ziehen außer der Summe der Erkenntnis: Jeder Versuch ist strafbar und untauglich. Damit ist die Strafbarkeit des Versuchs jedoch nicht begründet. Sie wäre es wohl, wenn auf keine denkbare Weise verschiedene Arten des Versuchs einander gegenübergestellt werden könnten. Dann nämlich könnte die Strafbarkeit des Versuchs in § 43 StGB nichts anderes bedeuten als die Strafbarkeit jedes Versuchs. von Buri und ihm folgend das RG haben dies offenbar angenommen und geglaubt, wenn einmal nachgewiesen sei, daß eine Differenzierung innerhalb des Versuchs nach der Tauglichkeit unmöglich ist, sei gleichzeitig nachgewiesen, daß schlechthin überhaupt kein Kriterium existiere, das zur Abgrenzung des strafbaren vom straflosen Versuchs geeignet wäre.

Ebenso wie die Theorie, die sich auf die Brauchbarkeit des Tauglichkeitsbegriffs stützt, verrät also die Lehre von Buri's ihr Verhaftetsein in einer naturalistischen Methode, die sich damit zufrieden gibt, die Brauchbarkeit des Tauglichkeitsbegriffs zu leugnen. Von Buri zeigte im übrigen diese Abhängigkeit von einer

20. Abhandlungen aus dem Strafrecht S.55

21. Lehrbuch 11.Aufl. S.190, anders Delaquis der untaugliche Versuch S.173

ins Negative gewendeten naturalistischen Methode auch insoweit, als er erst dem bereits eingetretenen und damit objektiv sichtbaren Erfolg Bedeutung für die Strafrechtswidrigkeit beimessen wollte. Baumgarten (Anm.22) hat die eigenartige Konsequenz, die von Buri aus dieser Auffassung für den Versuch gezogen hat, treffend mit den Worten herausgestellt: " Mit dem Eintritt des Erfolgs springt der Wille aus der Sphäre der Subjektivität mit einmal gewaffnet und gepanzert in die Welt der objektiven Wirklichkeit. Hieraus würde wohl die Straflosigkeit des Versuchs folgen, Buri aber betrachtet die Strafbarkeit desselben als kategorischen Imperativ, und da seiner Ansicht nach kein Stadium des Versuchs objektive Bedeutung hat, so will er jeden Versuchsakt strafen. Nachdem er zu viel gefordert hat, begnügt er sich mit zu wenig."

#### 4. Das Auftauchen des Gefahrbegriffs.

Der Begriff, der mehr als der der Tauglichkeit geeignet schien, in einem Verbrechenssystem, das auf der Zurechnung von objektiven Sachverhalten aufbaute, die Strafbarkeit des Versuchs zu begründen und dabei die von von Buri geleugneten Unterscheidungen von einzelnen Versuchsgruppen zu leisten, war damals bereits in die Diskussion geworfen: Der Begriff der Gefahr. Mittermaier hatte diesen Begriff in Gestalt der objektiven Gefahr (Anm.23) in seinem System verwenden wollen. Er hielt es freilich für erforderlich, den gefährlichen Versuch dem nur relativ untauglichen und deshalb strafbaren Versuch gleichzustellen, was wiederum nur möglich war, wenn die Gefährlichkeit eines Verhaltens wie die relative Untauglichkeit vom Standpunkt ex post beurteilt wurde. Einen derartigen Standpunkt zu beziehen, war aber auch

22. Baumgarten " Die Lehre vom Versuche der Verbrechen" S.302

23. Umschrieben war damit freilich die unhaltbare Vorstellung, es gäbe bestimmte Handlungen oder Zustände, die unabhängig von der konkreten Situation schlechthin als gefährlich anzusehen seien. Die Unhaltbarkeit dieser Vorstellung ist schon von Baumgarten, " Die Lehre vom Versuche der Verbrechen" S.250 hervorgehoben worden.

deshalb naheliegend, weil nicht nur zur Zeit des Geschehens von Gefahr gesprochen werden kann, sondern selbstverständlich auch rückblickend, unabhängig davon, ob wirklich etwas passiert ist oder nicht.

Zwar ist die Gefahr, wie es Liepmann (Anm.24) formuliert hat, "ein Kind unserer Unwissenheit", doch hindert nichts, selbst dann noch von Gefahr zu sprechen, wenn man durch die spätere Entwicklung klüger geworden ist. Die Möglichkeit, ex post von Gefahr zu reden, darf jedoch nicht verwechselt werden mit der Frage, in welche Rolle man zu schlüpfen hat, um ein Geschehen als gefährlich zu beurteilen. Die Rolle eines allwissenden objektiven Betrachters oder auch die eines durch den eingetretenen Erfolg Bekehrten ist offensichtlich nicht geeignet, der Bedeutung des Gefahrbegriffs auf die Spur zu kommen. Vielmehr ist es erforderlich, die Gefahr aus der Situation zu beurteilen und danach ihren Begriff zu bilden, in der jene Unsicherheit über die Wirkungen eines Geschehens tatsächlich noch vorhanden war, die das Wesen der Gefahr bestimmt. Problematisch kann nur sein, ob man in dieser Rolle das Wissen des gefährlich Handelnden oder den Überblick eines fiktiven Durchschnittsbürgers zugrundelegen muß. Soweit war die Entwicklung des Gefahrbegriffs jedoch noch nicht gediehen. Mittermaier (Anm.25) sah - bei ex ante Betrachtung garnicht abwegig - in der Gefahr eine potentielle Kausalität, verstand diese aber ex post ebenso wie die Tauglichkeit bzw. die relative Untauglichkeit als Kausalität "an sich" und nicht als bloße Möglichkeit.

von Buri (Anm.26) hatte insofern keine Schwierigkeiten, diese objektive Gefahr ebenso wie die relative und absolute Untauglich-

24. ZStW 12/96

25. Er forderte, daß die Versuchshandlung "im Zusammenhange mit dem beabsichtigten Verbrechen" stehe - N.Arch.f. Crim.R.IV/103

26. GS 40/510. GS 32/348 ebenfalls für den Begriff der subjektiven Gefahr: Lammasch "Das Moment der objektiven Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs" S.12, Finger "Der Begriff der Gefahr und seine Anwendung im Strafrecht" S.20 ff. Für den Begriff der objektiven Gefahr von Kries ZNW 9/535.

keit als den Gesetzen der Kausalität und (!) dem Wesen des Versuchs widersprechend abzutun und ihr den Begriff der sogenannten subjektiven Gefahr entgegen zu setzen, ohne allerdings diesem Begriff in seinem System größere Bedeutung zu geben.

Die Frage nach dem Strafgrund des Versuchs war hiernach nicht mit den Mitteln möglich, die eine sich aus einer naturalistischen, auf die Rechtsgutsverletzung als Kern des Unrechts abstellenden Verbrechenslehre ergab. Weder war mit der Tauglichkeit das Zauberwort für die Rechtswidrigkeit des Versuchs gefunden, noch mit der Leugnung der "objektiven" Gefahr die Strafbarkeit eines jeden Versuchs und damit des Versuchs überhaupt begründet worden.

## II. Der Einfluß des Hegelianismus auf die Versuchsdogmatik

In dieser Lage wäre zu erwarten gewesen, daß mit der Abwendung von <sup>der</sup> naturalistischen Methode, auch der Grund für die Unzulänglichkeit in der Versuchsdogmatik beseitigt worden wäre. Dieser Schritt wurde auch getan, jedoch nicht allein sondern gemeinsam mit einem weiteren, der in der zeitweiligen Distanzierung von dem Rechtsgutsbegriff bestand. Der Einfluß des Hegelianismus (Anm.27) in der deutschen Strafrechtslehre und die damit verbundene Zurückdrängung des liberalen Ansatzes bei Feuerbach ließ an die Stelle des Rechtsguts den allgemeinen Willen (Anm.28), die Rechtsordnung selbst treten. Nach Köstlin (Anm.29) hatte das Verbrechen "im Gegensatz zu jeder anderen Art von Unrecht seine Eigentümlichkeit darin, daß es nicht bloß gegen eine bestimmte Erscheinung des Rechts, sondern gegen dessen Wesen gerichtet ist". Aus dieser neuen Perspektive ergaben sich auch für die Versuchsdogmatik bemerkenswerte Konsequenzen.

27.+Vergl. dazu ausführlich Sina "Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" " S. 31, 36.

28. Belzker Theorie des heutigen deutschen Strafrechts Bd.I S. 45.

29. Köstlin System des deutschen Strafrechts AT § 6.

Auf der Ebene der Ideen, auf der die Begriffe Rechtsordnung, Gemeinwille etc. angesiedelt waren, war von Kausalität so wenig zu reden wie von Zeitlichkeit. Ein Verhalten kann wohl zu der Idee der Rechtsordnung in Beziehung gesetzt werden, doch niemals kann ein Verhalten auf die Rechtsordnung als solche einwirken. Das Unrechtsurteil kann daher in keinem Fall auf einer bestimmten Wirkung des Handelns bzw. auf dessen abstrakter Eigenschaft zu wirken basieren, sondern es reduziert sich notwendig auf ein Urteil über das Geschehen selbst, das unter Zugrundelegung der durch das Wesen der Rechtsordnung gebildeten Maßstäbe gefällt wird. Auf die Art des Urteils hat es daher ganz wesentlichen Einfluß, was unter der Rechtsordnung verstanden wird. Darüber herrschte indessen keine Einigkeit. Gerade durch diese Uneinigkeit wurden jedoch neben die "Tauglichkeit" und die "objektive Gefahr" weitere Begriffe gestellt, die für die Versuchsdogmatik bedeutungsvoll wurden und diese Bedeutung bis heute nicht verloren haben: Im Versuch wurde eine "Gefährdung der Rechtsordnung" gesehen (Anm. 30). Dabei handelte es sich nicht um eine konkrete Gefährdung, wie sie ein Versuch in Bezug auf ein gegenständliches Angriffsobjekt mit sich bringen mag - eine Gefährdung in dem Sinne, daß ein Übertritt des Geschehens aus der Kategorie der Möglichkeit in die des Seienden denkbar erscheint - es ging vielmehr um eine Gefährdung, die stets und für immer Gefahr bleiben mußte, ohne daß irgendwann Unsicherheit darüber bestanden hätte, ob sich aus dem gefährlichen Angriff eine Verletzung entwickeln kann.

An die Stelle einer Gefahr des Erfolgseintritts war die Gefahr als Quasierfolg selbst getreten, und man sprach im Grunde davon, daß etwas gefährdet werde, was nicht verletzt werden kann. Damit war der Begriff der Gefährdung allerdings von seiner ursprünglichen Bedeutung weit abgekommen. Dem schillernden Ausdruck "Gefährdung der Rechtsordnung" mußte daher eine Erläuterung beigelegt werden, die das "Erfolgreiche" in der Ge-

30. So namentlich Kohler "Der strafbare Versuch, insbesondere der sogenannte untaugliche Versuch" S. 20, 22; ähnlich von einem anderen Ansatzpunkt aus: Klee "Wille und Erfolg in der Versuchslehre" S. 37 ff 40 der aber weiterhin eine Gefährdung des Rechtsguts verlangt hat.



fährdung deutlich machte. Als derartige Erläuterung diente einmal die Erschütterung des allgemeinen Vertrauens in die Gültigkeit und Verbindlichkeit der Rechtsordnung (Anm.31) und zum anderen die Verletzung des individuellen Interesses an der Unversehrtheit der Rechtsordnung (Anm. 32).

Wie stark das Vertrauen in die Rechtsordnung, besser das Vertrauen in die allgemeine Achtung ihrer Regeln, erschüttert wird, (Anm. 33), hängt, wenn ein deliktischer Erfolg ausgeblieben ist, sowohl von dem äußeren Eindruck ab, den das Geschehen macht, als auch von dem Plan, den der Täter bei seinem Handeln verfolgt hat. Diese ausschlaggebende Bedeutung des Tatplans für die Wertung eines Versuchs wurde damals erfaßt. Hatte selbst von Buri, abgesehen von seinen Angriffen gegen jene objektivistischen Lehren, die auf die Möglichkeit einer Abstraktion von der konkreten Kausalität bauten, nicht recht begründet, warum es beim Versuch gerade auf den Tatplan ankommen soll, so fand der Tatplan nunmehr einen gesicherten Platz.

Erst wenn bekannt wird, was sich der Täter dabei gedacht hat, als er statt Gift versehentlich Zucker in den Tee des Feindes schüttete, regt sich die Empörung. Die Absicht des Täters ist also das Element im Versuch, das diesem seine rechtsordnungswidrige Bedeutung verleiht.

Trotz dieser Erkenntnis wurde allerdings die Befangenheit in überkommenen Vorstellungen nicht völlig überwunden. Statt den Begriff der Tauglichkeit abzulegen, wurde er, ins Subjektive transportiert, als "Tauglichkeit des Planes" wiederum verwandt. Die Theorien, die mit diesem Begriff operieren, beruhten auf der Vorstellung, das Vertrauen in die Sicherheit der Rechtsordnung werde erst dann erschüttert, wenn wenigstens der Tatplan tauglich sei, wenn also der Erfolg - die Vorstellungen des Täters über sein Beginnen als richtig unterstellt - einge-

31. Teilweise wurde freilich in der Gefährdung der Rechtsordnung nur der legislative Grund für die Bestrafung des Versuchs, nicht aber gleichzeitig der Kern seiner Rechtswidrigkeit gesehen. Vergl. Baumgarten "Die Lehre vom Versuche der Verbrechen" S.419.
32. Hierbei handelt es sich streng genommen nur um die Rückwirkung des allgemeinen Interesses auf den Einzelnen.
33. Daß das Vertrauen um die Rechtsordnung durch ein Verbrechen verletzt werden kann, soll einstweilen unterstellt werden -hierüber später-.

treten würde. Tauglich sei der Plan, der auf einem ontologischen, untauglich der Plan, der auf einem nomologischen Irrtum beruht. (Anm.34).

Diese Unterscheidung war jedoch weder sachgerecht noch möglich. Sachgerecht war sie nicht, weil sie zu dem befremdlichen Ergebnis führt, daß ein Plan um-so tauglicher ist, je weniger differenziert er ist; je mehr sich ein Täter mit den Einzelheiten seiner verbrecherischen Absicht befaßt, umso zwangsläufiger betreffen seine Fehlvorstellungen naturgesetzliche Zusammenhänge und umso untauglicher wird sein Plan. Das bedeutet, daß der Täter mit der größeren verbrecherischen Energie, die sich im minutiösen Ausdenken der Tat zeigt, mit Straflosigkeit belohnt wird.

Nicht möglich ist die Unterscheidung, wie bereits frühzeitig erkannt wurde (Anm.35), weil die Trennung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum nur eine künstliche ist. Das Fehlschlagen eines Versuchs mit unzulänglichen Mitteln ist jeweils sowohl auf einen nomologischen als auch auf einen ontologischen Irrtum zurückzuführen. Im Hinblick darauf hätte es durchaus nahegelegen, diese überholte Theorie in der verdienten Vergessenheit zu belassen. Ihre Erwähnung erscheint jedoch deshalb gerechtfertigt, weil in ihr die Frage des Irrtums für das Problem des Unrechts im Versuch Bedeutung gewonnen hatte.

Daß eine Beziehung zwischen Irrtum und Versuch besteht, ist frühzeitig bemerkt worden (Anm.36). Mit wenigen Ausnahmen

34. Diese Unterscheidung bereits bei Hälschner System des preußischen Strafrechts S. 182, 189, Goldtammer Arch.f.preuß.Strafrecht 16/555, Kohler a.a.O., Klee a.a.O. jeweils Anmerkung 30. Besondere Bedeutung hatte diese Unterscheidung auch in Österreich, vergl. hierzu unten S. 194 ff
35. Baumgarten a.a.O. S. 321 der zu Recht darauf hinwies, daß nicht selten die Frage der Strafbarkeit danach entschieden wird, für welche Art Irrtum sich der Täter nachträglich entscheidet.
36. Vergl. besonders zu Dohna "Der Mangel am Tatbestand" S.4, der jeden Versuch als "Spezialfall" des Irrtums hervorhebt und hierauf seine Lehre aufbaut.

(Anm.37) war man der Ansicht, jeder Versuch beruhe auf einem Irrtum, der Versuch sei gleichsam seine Frucht, und bis heute wird darüber gestritten (Anm.38), welche Folgerungen man aus diesem Zusammenhang ziehen darf. Es handelt sich jedoch stets um die Betonung der genetischen Abhängigkeit des Versuchs vom Irrtum, und aus der Erkenntnis dieser Beziehung war, abgesehen von dem zweifelhaften Umkehrschluß aus der positivrechtlichen Regelung in § 59 StGB, wenig für das Problem des Unrechts im Versuch zu gewinnen. Mag nämlich der Versuch in der Tat einen vorhergehenden Irrtum voraussetzen, so liegt in diesem Umstand kaum bereits der Strafgrund des Versuchs. Anders steht es, wenn man darauf hinweisen zu können glaubt, daß die Beunruhigung der Allgemeinheit durch die Tat gerade auf den Irrtum oder auf eine bestimmte Spezies von Irrtum zurückzuführen ist. In diesem Fall wird der Irrtum (neben der auf der Fehlvorstellung beruhenden Ausführungshandlung) zur Grundlage des Unwerturteils.

Diese Errungenschaft für eine zum Versuch passende Unrechtsvorstellung wurde jedoch aufgewogen durch den diesen Theorien eigentümlichen Mangel, der darin lag, daß weder Inhalt und Wesen der Rechtsordnung verbindlich vorgegeben, noch klare Vorstellungen darüber vorhanden waren, wie das allgemeine Interesse an der Unantastbarkeit der Rechtsordnung dogmatisch zu bewältigen wäre. Die Unbestimmtheit der verwandten Schlagworte widersprach sowohl der liberalen, auf Rechtsgarantie für den Einzelnen bauenden Einstellung zur Gesellschaft als auch dem Bedürfnis nach strenger, d.h. exact nachprüfbarer Wissenschaftlichkeit. Diesem Bedürfnis versuchte man in der Folgezeit auf verschiedene Weise zu entsprechen. Gewählt wurde dazu die gleiche -positivistische- Methode, die Richtung des Weges wurde jedoch einmal von der Norm als solcher, zum anderen von einem revidierten Rechtsgutsbegriff bestimmt.

37. Ob diese These allerdings auch im Hinblick auf den beendeten Versuch aufrecht zu erhalten ist, wenn die Versuchshandlung ihre Wirkung erst nach einiger Zeit eintreten läßt (Verabreichung eines langsam wirkenden Giftes), der Täter aber den Erfolg abwendet, ist zweifelhaft.

38. Vergl. insbesondere die Kontroverse zwischen Spendel ZStW 69/441 und Sax JZ/64/241.

### III. Die positivistische Epoche

#### 1.) Die Norm als Befehl - die Imperativentheorie -

Um auf positivistischem Wege Aufschluß über das Wesen der "Rechtsordnung" zu erhalten, bot sich eine Untersuchung der einzelnen Rechtssätze von selbst an, da sich in den Gesetzen die Rechtsordnung inhaltlich konkretisiert. Dies galt jedenfalls solange, als die Rechtsordnung - wie es dem Ansatz des Positivismus entsprach - nicht als über ihre erfaßbaren Äußerungen hinausgehendes metaphysisches Gebilde begriffen wurde. So gesehen bestand die Rechtsordnung aus einer Vielzahl von Regelungen, die auf das Verhalten des Individuums in der Gesellschaft bestimmend Einfluß nehmen. Damit führte die Analyse der funktionalen Struktur der Gesetze zu dem Ergebnis, daß zumindest die Strafgesetze als Bestimmungsnormen zu betrachten seien. Notwendigerweise mußte daher bei konsequenter Weiterführung dieses Grundgedankens in den Verbrechen die Nichtachtung der durch die Norm dem Einzelnen auferlegten Pflicht, mit einem Wort eine "Pflichtwidrigkeit" zu sehen sein. Das war in der Tat die Überzeugung der Vertreter der sogenannten Imperativentheorie (Anm. 39).

Mit der Pflichtwidrigkeit war eine echte Alternative gegenüber der Rechtsgutsverletzung als Umschreibung der Rechtswidrigkeit aufgetaucht, die zudem auf den ersten Blick außerordentlich gut geeignet schien, die Voraussetzungen für einen allseits befriedigenden Rechtswidrigkeitsbegriff zu schaffen, denn in der Pflichtwidrigkeit kann ein gemeinsames Element von versuchtem und vollendetem Delikt gesehen werden. Bei genauerem Hinsehen wurden indessen Mängel sichtbar.

39. Vergl. von Ferneck "Die Rechtswidrigkeit" I, Thon "Rechtsnorm und subjektives Recht" und Bierling "Juristische Prinzipienlehre" Bd 3. Eingehend und kritisch zur Imperativentheorie: Nagler in Festschrift für Binding 2. Band S. 273-385, insbesondere S. 311 ff, wo Nagler zutreffend den Kern der imperativen Theorie wie folgt umreißt: "Der Pflichtbegriff wird zum Zentrum der Rechtsordnung".

Zunächst galt es zu klären, welche Pflichten dem Einzelnen durch die Gesetze auferlegt waren. Da die Strafbestimmungen des StGB nach dem Prinzip "Wer dies und jenes tut, wird so und so bestraft" aufgebaut sind, und da überdies die Art der Handlung in der Regel nur als Bewirkung eines bestimmten Erfolges und damit nicht näher bezeichnet auftaucht, mußten die Gesetze im Geiste zu Geboten umformuliert werden und erhielten so die Gestalt eines erweiterten Dekalogs. Was aber bedeutet nun "Du sollst nicht töten (wenn Du es doch tust, dann wirst Du so und so bestraft)" ? Jedenfalls kann es nicht bedeuten: "Bewirke nicht den Tod eines anderen", wenn auch einige Schriftsteller den Gehalt der Gesetze in dieser Richtung ausgelegt haben (Anm.40). Ein Bewirkungsverbot im Sinne der Aequivalenztheorie läuft auf das Verbot, überhaupt zu existieren, hinaus, denn ex post kann sich schlechthin alles als Bedingung ungeahnter Erfolge erweisen. (Anm.41) Ebenso wenig kann verboten werden, das zu tun, was sich später mit Sicherheit als erfolgswirkend erweist, jedoch schon bereits im Zeitpunkt des Handelns als Bedingung des Erfolgs objektiv und für jedermann erkennbar sichtbar ist. Weder bei dem durch das gesetzliche Gebot angesprochenen Täter noch bei irgendwem sonst kann der dazu erforderliche Blick in die Zukunft vorausgesetzt werden.

Um diesen Konsequenzen auszuweichen und in der Erwägung, daß "das Recht .... den Erfolg nicht verbieten" kann, "da er die Handlung nicht zur einzigen Ursache hat" (Anm.42), bezog man das Verbot auf die Handlung, "damit sie den Erfolg nicht herbeiführe" (Anm.43). Eine sich an den Täter als Handelnden richtende Norm war allerdings in mehrerlei Hinsicht zu deuten. Fest stand

40. Z.B. Baumgarten a.a.O. S.421, Geyer ZStW 1 30 ff S.47.

41. So mit Recht neuerdings wieder Welzel Lehrbuch S.37, ferner Armin Kaufmann "Lebendiges und Totes in Binding's Normentheorie" S.105, 110.

42. Hold von Ferneck die Rechtswidrigkeit Bd I S.387 Anm.2.

43. Wie Anm. 42 weiterhin derselbe: "Der Versuch" S. 12.



wohl, daß die Handlung sich in irgendeiner Weise auf einen deliktischen Erfolg zu beziehen hatte, doch war offen, ob ein sich im subjektiven Bereich erschöpfender Bezug ausreichend war oder ob es eines objektiven Verhältnisses zwischen Handlung und Erfolg, etwa in Gestalt der Gefährlichkeit, bedurfte.

Zunächst bestand auch außerhalb des Lagers der Imperativentheorie (Anm.44) eine gewisse Neigung, in dem Gesetz in erster Linie das Verbot zu sehen, den Erfolg zu wollen und seine Verwirklichung zu versuchen, wobei für diese Entscheidung die Überlegung maßgebend war, daß nur ein subjektiver Sachverhalt dem Wesen eines Verbots oder Gebots gerecht werden könne. Fraglich war aber, ob sich das Verbot oder Gebot nur an solche Vorstellungen richtete, die mit objektiven Sachverhalten übereinstimmen oder ob diese Übereinstimmung entbehrlich war. Es war mit anderen Worten zweifelhaft, ob auch das als verboten gelten mußte, was sich der Täter als verboten vorstellte oder ob sich die Pflichtwidrigkeit auf eine solche Tätigkeit beschränken ließ, die dem Verbotsinhalt wirklich widersprach. Ergreift das Wort "Du sollst nicht töten" zwangsläufig auch den, der irrtümlich zu töten glaubt oder nur den, der so gefährlich handelt, daß dieses Handeln geeignet ist, den Tod zu verursachen?

Die Antwort auf diese Frage gibt darüber Aufschluß, ob aus dem Wesen der (Gebots- oder Verbots-)Norm Schlüsse auf die Berechtigung der subjektiven Versuchstheorie zu ziehen sind, inwieweit also eine Unterscheidung nach der Tauglichkeit der Handlung von der Norm her gesehen sachwidrig ist.

44. Vergl. Lammasch "Das Moment objektiver Gefährlichkeit" S.53ff, 61; Oetker ZStW 17/62 Anm. 27. Von den Vertretern der Imperativentheorie namentlich von Ferneok: Die Rechtswidrigkeit S.289, derholbo "Der Versuch" S.12: "Man darf..... nicht zwei Normen konstruieren, deren eine die Vollendung, deren andere den Versuch verbietet, sondern nur eine Norm und zwar eine Versuchsnorm".

Daß ein auf den Gesetzen als Bestimmungsnormen beruhendes Rechtsverständnis nicht ganz ohne eine korrespondierende Resonanz der Gebote und Verbote bei dem auskommt, an den die Norm sich richtet, hat das viel diskutierte Adressatenproblem (Anm. 45) gezeigt. Daraus muß der Schluß gezogen werden, daß erst die Vorstellungen des Täters von der Pflicht diese entstehen lassen, daß es eine Pflicht "an sich" so wenig gibt wie nicht bestimmende Bestimmungsnormen. Mag, um das von Armin Kaufmann (Anm.46) gewählte Bild zu gebrauchen, ein Rundspruch an alle ergehen, dies zu tun, jenes zu unterlassen, so bestehen dennoch keine Pflichten, solange alle Empfänger ausgeschaltet sind und solange niemand die "Signale" vernimmt (Anm.47). Ein gleichsam ins Leere gehendes Ge- oder Verbot hat in einem System, daß die Gesetze als Bestimmungsnormen versteht, keinen Platz. Diese Abhängigkeit der Bestimmungsfunktion eines Gesetzes von der Kenntnis des Adressaten bedeutet nun allerdings nicht auch eine inhaltliche Abhängigkeit des Ge- oder Verbotes von den Vorstellungen des Täters, wenn man die Ge- oder Verbotswidrigkeit ex post betrachtet. Auf ein solches im nachhinein über die Normgemäßheit des Verhaltens abgegebenes Urteil kann es allerdings dann nicht ankommen, wenn ausschließlich auf die zur Zeit der Tat vorhandene und aktuell wirkende bestimmende Funktion der Normen abgestellt wird. In diesem Fall ist die Pflichtwidrigkeit Kehrseite der Norm nur im Hinblick auf diese bestimmende Funktion, so daß es für die Bedeutung des Begriffs Pflichtwidrigkeit entscheidend darauf ankommt, auf welche Weise die Norm bestimmend wirkt.

45. Zur Meinungsverschiedenheit innerhalb der Imperativen-theorie selbst siehe Thon "Rechtsnorm und subjektives Recht" einerseits und von Ferneck "Die Rechtswidrigkeit" Bd.I andererseits. Dazu insgesamt kritisch Nagler in Festschrift für Binding II S.308 Anm. 39, Engisch in Festschrift zum 100jährigen Bestehen des Juristentages S.401 ff, 413, Mezger GS 89/222.

46. "Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie " S.121 ff

47. Anders Armin Kaufmann a.a.O. S.122 ff, 129, 132 ff. Dieser trennt die Fragen "Wer ist Adressat der Norm?" und "Wer wird durch die Norm verpflichtet?". Gegen Binding, dem er vorwirft, den Normen nur höchstpersönliche Pflichten entnommen zu haben, anstatt in ihnen auch das abstrakte "Sollurteil" zu sehen, führt er aus: "Die Norm ist - .....- die abstrakte Denkform der Verbindlichkeit des Rechts. Sie "gilt", eben weil sie Norm ist. Und sie gilt für alle, da jeder in die Situation

Ein Verbot oder Gebot betrifft - und zwar nicht nur scheinbar - in seiner bestimmenden Funktion unterschiedslos den, der sich irrtümlich in die Lage versetzt glaubt, auf die das Gebot gemünzt ist, wie den, der sich in dieser Lage tatsächlich befindet. Pflichtwidrig ist, verstanden als Ungehorsam gegen gesetzliche Befehle, ein "subjektiver" Begriff, in dem nicht das Urteil über das objektive Verhältnis von Handeln und gesetzlichem Wertmaßstab abgegeben wird, sondern die Beziehung eines sich im Innern des Täters abspielenden Prozesses. Der Befehl aktualisiert sich erst angesichts bestimmter Vorstellungen des Täters und liefert erst dadurch eine konkrete Richtschnur für das Handeln. Diese für den Charakter des Befehls wesentliche Aktualisierung wird durch Irrtümer des Täters über die objektive Berechtigung, sich von der Norm betroffen zu fühlen, nicht beeinträchtigt; ebenso unabhängig von der Richtigkeit der subjektiven Vorstellungen ist folglich auch die Tatsache des Ungehorsams selbst.

Daraus ergibt sich, daß auch der absolut untaugliche Versuch die gleiche Pflichtwidrigkeit enthält wie das erfolgreiche Verbrechen - ein Ergebnis, das sich von selbst versteht, wenn man in den Gesetzen den Befehl zu finden glaubt, nicht zu versuchen, bestimmte Erfolge herbeizuführen, so daß es scheint, als setze ein derart verstandener Begriff der Pflichtwidrigkeit die subjektive Versuchstheorie voraus, anstatt ihr als Begründung dienen zu können.

kommen kann, für die die Norm, die sich ja an jeden wendet, etwas vorschreibt." (S.138) Geht man, wie es offenbar Kaufmann tut, davon aus, daß die Normen Bestimmungsnormen sind, ist diese Kritik nicht durchschlagend. Eine Bestimmungsnorm ist, solange sie nicht konkret bestimmt - wie Kaufmann an sich richtig bemerkt - kein Gebot oder Verbot, sondern ein Urteil, möglicherweise "ein Sollurteil über ein "etwas", das bereits als Gegenstand der Norm näher beschrieben wurde" (S.130). Aus der Bestimmungsfunktion der Norm läßt sich dieses Urteil nicht ableiten, es mag vielmehr seine Voraussetzung sein und damit das von Mezger (GS 89/241) entwickelte Verhältnis von Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm bestätigen. Vom Ausgangspunkt der Imperativen-theorie und auch von dem Bindings, so wie ihn Kaufmann darstellt, kommt man nicht an der Konsequenz vorbei, daß jedes Gebot und Verbot als mit einer individuellen Pflicht korrespondieren zu verstehen ist.

Dieser Eindruck wäre indessen unberechtigt, da der Begriff aus der Untersuchung der Bestimmungsnorm gewonnen wurde. Im übrigen wurde jedenfalls zur Zeit der Imperativentheorie schon im Hinblick auf die obligatorische Strafminderung in § 43 StGB die subjektive Versuchstheorie keineswegs als hinreichende Basis für eine Unrechtslehre angesehen.

Es konnte nicht verborgen bleiben, daß ein auf den Versuch abgestimmter Ansatz, das Wesen der Bestimmungsnorm und der Pflichtwidrigkeit zu erklären, den Begriff der Pflichtwidrigkeit von einem objektiven Gehalt der Gesetze entfernt. Kein Gesetz verbietet den in der irrtümlichen Vorstellung, auf einen Feind zu zielen, auf einen Baum abgegebenen Schuß. Zwar zeigt der Schütze mit seiner Tat Ungehorsam gegen das Tötungsverbot, doch vergleicht man die Tat mit einem Geschehen, das die Norm tatsächlich verhindern will, wird deutlich, wie wenig die Pflichtwidrigkeit mit einer objektiven Verbotswidrigkeit korrespondiert. Das rührt daher, daß "Verbotswidrigkeit" im Gegensatz zur Pflichtwidrigkeit ein Urteil über gewertetes Verhalten ist. Ein solches Urteil ist im Hinblick auf die Grundlagen der Imperativentheorie nicht zulässig, denn diese besteht gerade darin, daß auf eine Bewertung der Tat verzichtet wird. Allein mit dem über die Verbotswidrigkeit abgegebenen Urteil kann jedoch der Gefahr begegnet werden, daß auf dem Begriff der Pflichtwidrigkeit und damit auf das Unrecht das, was "eigentlich" verboten ist, kaum Einfluß hat. Sieht man z.B. einerseits in der gegen die vorsätzliche Tötung gerichteten Strafdrohung das Verbot, so zu handeln, daß der Tötungserfolg daraus möglicherweise oder mit Wahrscheinlichkeit entspringt, führt aber andererseits<sup>cin</sup> allein an der Bestimmungsfunktion der Norm orientierter Pflichtwidrigkeitsbegriff dazu, daß auch ein zur Tötung gänzlich ungeeignetes Verhalten der Norm unterfällt, fragt sich in der Tat, ob der Unrechtsbegriff nicht korrigiert werden muß.



Hold von Ferneck war dieser Ansicht, indem er lehrte (Anm.48):  
" Ein Bewirkenwollen bildet .... juristisch nur dann einen Versuch, wenn die Tat im allgemeinen so beschaffen ist, daß sie zur Vollendung führen kann".

Hält man nur noch an der Maxime fest, daß das strafrechtliche Unrecht in der Pflichtwidrigkeit liege, ergibt sich das nicht mehr aus der sachlogischen Struktur der Bestimmungsnorm, die sich gleichsam im Angesicht der konkreten Tatsituation aus der abstrakten Norm in das konkrete Ge- oder Verbot verwandelt, das zu tun bzw. nicht zu tun und die damit die Pflicht begründet, gegen die der Täter verstößt. Vielmehr wird mit der "Pflichtwidrigkeit" ein Handlungsunrecht umschrieben, das durch Vergleich mit den in der Norm liegenden Wertungen festgestellt wird (Anm.48)

Welche Handlungsunwerte durch die einzelnen Gesetze beschrieben werden, haben die Vertreter der Imperativentheorie jedoch nicht untersucht, weil sie offenbar der Meinung waren, daß sie es selbst nach der Korrektur des Pflichtwidrigkeitsbegriffs durch objektive Wertungselemente, mit ihrer Unrechtslehre auf der ursprünglichen Basis der " Bestimmungsnormen" ständen. Wäre das aber der Fall gewesen, hätte sie die Einschränkung des Pflichtwidrigkeitsbegriffs auf den der Verbotswidrigkeit auf dem Gebiet der Versuchsdogmatik zu der Konsequenz gezwungen, alle untauglichen Versuche als Wahnverbrechen anzusehen: Da eine Norm nämlich, wie bemerkt, ihrer Aktualisierung zur konkreten Pflicht bedarf, um als Bestimmungsnorm zu wirken, und da sie sich damit inhaltlich der Situation anpaßt, in der sie zur Richtlinie des

#### 48. In " Der Versuch " S.13

48.a Treffend zum Verhältnis von Normwidrigkeit und Pflichtwidrigkeit ( wenn auch im Hinblick auf die Unterscheidung von Unrecht und Schuld) zu Dohna "Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafrechtlicher Handlungen" S.70 : " Es erscheint ..... das Verbrechen normwidrig vom Standpunkt der Rechtsordnung aus, deren Gebot bzw. Verbot verletzt worden, pflichtwidrig aber vom Standpunkt des Individuums aus, welches die durch jenen Gesetzesbefehl ihm auferlegte Verpflichtung unbeachtet gelassen. Jede normwidrige Handlung ist mithin zugleich eine pflichtwidrige, und es sind dieses beides lediglich Formen, unter denen die rechtswidrige Handlung, je nach dem vom Urteilenden angelegten Gesichtswinkel sich offenbart."



Handelns wird, ist die konkrete Pflicht immer dann nur eine eingebilddete, wenn die tatsächliche Situation der aus der Perspektive der Verbotswidrigkeit abstrakt ins Auge gefaßten nicht entspricht. Mit anderen Worten heißt das: Da die Pflicht sich erst angesichts bestimmter Tatsachen einstellt, betrifft ein Irrtum über diese Tatsachen gleichzeitig die Pflicht selbst, sofern nach der objektiven Bedeutung der Norm die Pflicht ein zur Herbeiführung des Erfolgs gänzlich ungeeignetes Handeln nicht verhindern soll. Erst wenn die Basis der Imperativentheorie insoweit verlassen wird, als sich zu der konkret bestimmten Funktion der Norm ein abstraktes und schlechthin geltendes Urteil über das Verhalten des Täters hinzugesellt, bleibt der Bereich des Wahndelikts auf den Irrtum über das abstrakte Verboten-Sein beschränkt.

Weniger wegen derartiger Systembrüche ist die Imperativentheorie auf Widerstand gestoßen, als wegen einiger spürbarer Konsequenzen, die freilich ebenso mit dem Begriff der Pflichtwidrigkeit zusammenhängen. Notwendige Folge des Abstellens auf die in den Gesetzen enthaltenen konkreten Pflichten war das Ineinanderfließen von Unrecht und Schuld (Anm.49), ein Umstand, der der Tendenz der positivistischen Epoche zum später (Anm.50) verketzerten "Trennungsdenken" und zur Begriffsbildung widersprach.

Für ihr Scheitern jedoch noch bedeutsamer war ein weiterer Mangel der Imperativentheorie, der tiefer lag und der selbst in der positivistischen Epoche viele davon abhielt, sich dieser Lehre anzuschließen. Wird ein Verhalten nämlich mit einem Verbot oder Gebot konfrontiert, kann lediglich die nackte Tatsache des Gehorsams oder Ungehorsams konstatiert werden; jede in-

49. Vergl. den Hinweis Naglers in Festschrift für Binding Bd II S. 295.

50. Vergl. Schaffstein DStrR 1935/98 und ZStW 57/328, Dahm" Verbrechen und Tatbestand " S.32 mit dem charakteristischen Hinweis: " Was Diebstahl ist, sagt ja im Grunde nicht das Gesetz, sondern das ergibt sich aus dem Wesen der Sache".

haltliche Betrachtung der Rechtswidrigkeit ist aber ausgeschlossen, eine Aussage über die Schwere oder den Grad des Unrechts ist unmöglich (Anm.50.a).Damit war der Weg zur Entwicklung der materiellen Rechtswidrigkeit abgeschnitten (Anm. 50.b).

Diese Schwächen sind unvermeidlich, dennoch scheint mir das Interesse für die Theorien, die die Bestimmungsfunktion der Gesetze in den Mittelpunkt rücken, gerade im Hinblick auf die Versuchsdogmatik gerechtfertigt. Mit der Hinwendung zum Rechtssatz selbst ist gegenüber der auf die Rechtsgutsverletzung aufbauenden Unrechtslehre ein weiterer Ansatzpunkt zur dogmatischen Erfassung des Unrechts gewählt worden, mit der bedeutsamen Folge, daß die Frage des Strafgrundes des Versuchs unabhängig vom Kausalitätsproblem beantwortet werden konnte. Neben die Begriffe "Tauglichkeit" bzw. "objektive Gefahr" und "Gefährdung der Rechtsordnung" ist - diese ablösend - die "Pflichtwidrigkeit" getreten, ein Begriff, der den Vorteil hatte, erstens nicht (wie die Tauglichkeit) aus irgendwelchen Vorgegebenheiten der Rechtsordnung, sondern aus der Funktion der Gesetze selbst entwickelt und zweitens auf den Versuch abgestimmt zu sein.

Solange freilich in den Gesetzen nur der konkrete Befehl gesehen wurde, mußte sich die Pflichtwidrigkeit inhaltlich von dem entfernen, was durch die Gesetze objektiv geboten oder verboten war. Sobald aber für den Begriff der Pflichtwidrigkeit das tatsächlich Befohlene maßgebend werden sollte, war zu klären, welche Inhalte die Normen enthielten; aus der Bestimmungsfunktion der Gesetze ergab sich dazu keine Antwort. Die Lösung dieses Problems ist erst später in Angriff genommen worden: Durch die Lehre vom Handlungsunrecht. Erste Station auf dem Weg, der schließlich zur Entwicklung des Begriffs " Handlungsunrecht" führte, war die Revision des Rechtsgutsbegriffs.

50a. Nagler, der freilich überhaupt gegen den Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit als "Mißtrauen gegen das Gesetz" votierte (Festschrift für Binding S.295, 345, Festgabe für Frank I S. 346) betonte, daß das Rechtswidrigkeitsurteil keiner Abstufung fähig sei (Frank Festgabe I S.341).

50b. Gegen den Begriff der materiellen Rechtswidrigkeit neben Nagler auch Baumgarten "Aufbau der Verbrechenslehre" S. 210, Beling "Lehre vom Verbrechen" S. 137, 141.

## 2. die Norm als Wertung

Um die in den Normen liegenden Wertungen mit Hilfe des Rechtsgutsbegriffs erfassen zu können, mußte dieser seiner naturalistisch verstandenen Bedeutung entkleidet werden. Aus einem an das Kausalitätsdogma gebundenen Begriff können Wertungen nicht hergeleitet werden.

Die erforderliche Modifizierung des Rechtsgutsbegriffs wurde wiederum durch Abstraktion erreicht, wobei im Unterschied zu früheren Lösungsversuchen nicht hinsichtlich der Tauglichkeit eines Verhaltens abstrahiert, sondern zwischen Rechtsgut und konkretem Angriffsobjekt unterschieden wurde. Rechtsgut war "was in den Augen des Gesetzgebers für die Rechtsordnung von Wert ist dessen ungestörte Erhaltung er deshalb durch Normen sicherstellen muß ...." (Anm.51).

Zwar war nach Meinung Binding's (Anm.52) die körperlich erfaßbar konkrete Verletzung des Angriffsobjekts das "Motiv" für den Gesetzgeber, die Handlung zu verbieten, doch das Wesen der strafbaren Handlung erschöpfte sich in dieser Verletzung nicht. Ebensovienig verkannte von Liszt (Anm.53) die Bedeutung des sinnlich wahrnehmbaren Verletzungserfolgs, doch war auch er der Meinung, daß der Kern des Delikts im Angriff auf das jeweilige rechtlich geschützte Gut bzw. Interesse läge. Insoweit bestand Einigkeit.

Daß sich im übrigen die Theorien zum Rechtsgutsbegriff erheblich unterschieden, daß etwa bei Binding der formale Verstoß gegen das subjektive staatliche Recht auf Gehorsam im Vordergrund der Verbrechenslehre stand und damit jeder Ansatz, aus dem Rechtsgutsbegriff eine materielle Rechtswidrigkeitslehre zu entwickeln, verhinderte, während von Liszt (Anm.54) gerade umgekehrt über Gleichsetzung von Interesse und Gut (Anm.55) die Grundlage für seine Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit schuf (Anm.56), soll

51. Binding Handbuch S. 168, derselbe Normen I/253 ff.
52. Handbuch S. 186.
53. ZStW 8/133 ff, 151.
54. ZStW 6/673
55. Die (liberalistische) Gleichsetzung von Interesse und Gut bedeutet die Gleichsetzung von Beziehung und Beziehungsobjekt. Dazu Kessler GS 39/94 ; GS 40/580 und von Liszt ZStW 8/141.
56. Zur Theorie von Liszt zum Rechtsgutsbegriff eingehend: Sina " Die Dogmen-geschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut" S. 47 ff, Heinitz ZStW 81/579 ff.

hier nicht erörtert werden.

Wesentlich für die Versuchsdogmatik waren diese Unterschiede (zunächst) nicht. Bedeutsam war jedoch, daß der Rechtsgutsbegriff nicht mehr dazu zwang, die Frage der Kausalität in Zusammenhang mit dem Problem des Strafgrundes des Versuchs zu bringen. Ein solcher Zwang bestand weder, wenn die Gesetzte, vom Rechtsgut ausgehend, positivistisch verstanden werden, noch wenn, über die positivistische Basis hinausgreifend, das Verbrechen dem jeweiligen Rechtsgutsbegriff direkt gegenübergestellt wurde. Diese beiden Möglichkeiten eröffnete der Rechtsgutsbegriff, beide wurden ergriffen.

#### a) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand

Weder Beling (Anm. 56.a), der den Begriff des Tatbestandes im modernen Sinn als Baustein des Verbrechensaufbaus entwickelt hat, (Anm. 57) noch zu Dohna, der neben Frank (Anm. 58) die Lehre vom "Mangel am Tatbestand" begründet hat (Anm. 59), legten dem Rechtsgutsbegriff großes Gewicht bei. Wie von Liszt klar erkannt hatte, hält "mit dem Rechtsgute der Zweckgedanke seinen Einzug in das Gebiet der Rechtslehre", beginnt "die teleologische Betrachtung des Rechts", findet "die formal-logische ihr Ende." (Anm. 60)

- 56.a "Die Lehre vom Verbrechen" S. 136: "Die Rechtswidrigkeit ist streng formalen Charakters". Beling zitiert ferner Kitzinger GS 55/1: "Der Widerspruch mit der Rechtsordnung ist das unerläßliche, aber auch das einzige Begriffsmerkmal aller Rechtswidrigkeit" und weiter auf S. 137: "Die Rechtswidrigkeit als "Rechtsgüterverletzung" zu begreifen, ist irrig, soweit man nicht die Rechtsordnung selber als das "verletzte Rechtsgut" (soll heißen: den Gegenstand zu dem das Verbrechen im logischen Gegensatz steht) bezeichnen will". Die Lehre von Liszt's zur materiellen Rechtswidrigkeit lehnte Beling a.a.O. scharf ab. "von Liszt verkennt selbst nicht, daß, wenn das Gesetz etwas verbietet, was nicht "materiell rechtswidrig" ist, der Richter durch Gesetz gebunden ist. Ist das aber der Fall, so heißt es eben: Die sogenannte materielle Rechtswidrigkeit gehört gar nicht dem positiven Recht an".
57. "Die Lehre vom Verbrechen", modifiziert "Die Lehre vom Tatbestand".
58. Frank StGB § 43 Anm. III von Liszt-Schmidt Lehrbuch S. 298, vergl. ferner Mezger Lehrbuch S. 391 ff, Sauer Allg. Strafrechtslehre AT S. 99.
59. "Der Mangel am Tatbestand". Der Begriff "Mangel am Tatbestand" findet sich bereits bei Mittermaier N. Arch. f.Crim.R. I/166, 190 freilich in noch undifferenzierter Bedeutung. Auch Beling "Die Lehre vom Verbrechen" S. 328 hat den Begriff des Mangels am Tatbestand gebraucht, doch hat er den Versuch als Fall des Mangels am Tatbestand aufgefaßt, während ihn zu Dohna dem Mangel am Tatbestand gegenüber gestellt hat.
60. ZStW 6/673.



Wer formal-logisch entsprechend den positivistischen Maximen seiner Zeit die Gesetze analysieren wollte, mußte daher dem Rechtsgutsbegriff mit Skepsis begegnen, da dieser als materielles Element des Verbrechens für sich in Anspruch nahm, die formalen Stufen des Deliktsaufbaues inhaltlich wertend zu bestimmen (Anm.61). Selbst auf der Suche nach den Prinzipien der materiellen Rechtswidrigkeit hatte zu Dohna der Verlockung widerstanden, diese Prinzipien aus dem Rechtsgutsbegriff zu entnehmen, und sich mit dem formalistischen Satz des "rechten Mittels zum rechten Zweck" begnügt. (Anm.62)

- Dennoch besteht eine Verbindung zwischen einem unkörperlich verstandenen Rechtsgutsbegriff und einer auf den Tatbestand aufbauenden Verbrechenssystematik, die es rechtfertigt, die Lehre vom Mangel am Tatbestand in diesem Zusammenhang zu behandeln. Wird, wie von Beling vorgeschlagen, der Tatbestand als "Begriffsmerkmal des Verbrechens" (Anm.63) und als wertfreie (Anm.64) Typisierung objektiver Sachverhalte (Anm.65) aufgefaßt, kann der Sinn der Tatbestände nur als Beschreibung rechtsgutsgemäßer oder rechtswidriger Zustände verstanden werden. Welchen anderen Zweck sollte es haben, in Tatbeständen die Voraussetzungen für die
61. Die spätere Entwicklung vom wertfreien zum wertbestimmten Tatbestand ist damit zu erklären, daß der Rechtsgutsbegriff als "Telos" nicht nur die Rechtswidrigkeit, sondern den Unrechtstatbestand insgesamt beherrschte.
  62. "Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültiges Merkmal im Tatbestand strafbarer Handlungen" S.48. zu Dohna hatte richtig erkannt, daß bei Zugrundelegung der positivistischen Methode aus dem Rechtsgutsbegriff das, was rechtswidrig ist, nicht abgeleitet werden kann: "Die Rechtsgüterverletzung ist rechtswidrig, wenn sie den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllt, und sie erfüllt ihn, wenn sie rechtswidrig ist." (aaO.S.16) Aus dem Verbotensein als solchem läßt sich die Rechtswidrigkeit, sofern mit diesem Begriff eine weitergehende Aussage verbunden sein soll, nicht ableiten. (S.20) Erforderlich ist ein Zurückgehen auf die Zwecke, der Gesetze, um deren Willen ein Rechtsgut geschützt wird. Den Nachweis der Berechtigung der Ziele und damit die materielle Grundlage zur Bestimmung des Unrechts hat zu Dohna jedoch mit dem Hinweis geleugnet, daß jedes Ziel "ein Element von empirischer Bedingtheit an sich trägt" (aaO.S. 49). Damit wird aber die Beweisführung mit Hilfe des Satzes, daß richtig das rechte Mittel zum rechten Zweck sei, zur Tautologie (so in seiner Besprechung Kohlrausch ZStW 25/663). Das Verhältnis von materieller Betrachtung des Unrechts und positiver Norm löste zu Dohna im übrigen wie von Liszt zugunsten der positiv-rechtlichen Regelung.
  63. "Lehre vom Verbrechen" S.28
  64. "Die Lehre vom Verbrechen" S. 147
  65. "Die Lehre vom Verbrechen" S. 178



Bestrafung zu beschreiben, als den, bestimmte Rechtsgutsverletzungen auszudrücken. Ohne eine Wertung, die über die Strafwürdigkeit entscheidet, ist ein Strafgesetz nicht denkbar, und diese Wertung wird im Hinblick auf gewisse Güter getroffen. Das hindert freilich nicht, die im Rechtsgutsbegriff liegende Wertung unsichtbar hinter der einzelnen Strafbestimmung verschwinden zu lassen und ihren Einfluß auf die Konstruktion des Deliktsaufbaus abzuschneiden.

Es lag nahe, den dadurch gewonnenen Tatbestandsbegriff auch für die Dogmatik des Versuchs nutzbar zu machen, denn da die Tatbestandsmäßigkeit erste Voraussetzung für die Strafbarkeit war, bestand kein Grund, beim Versuch diese Voraussetzung zu übergehen (Anm.66) Worin allerdings der objektive Tatbestand einer versuchten Straftat liegt, war nicht leicht zu beantworten. zu Dohna ging davon aus, daß Versuch vorliegt, " wenn der auf Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes gerichtete Vorsatz durch Handlungen betätigt worden ist, die den tatbestandsmäßigen Erfolg nicht gezeitigt haben", während " Mangel am Tatbestand überall da" vorliegen sollte, " wo es an einem derjenigen Tatbestandserfordernisse fehlt, welche zu der Handlung des Täters nicht in kausaler Beziehung stehen würden." (Anm.67) Vereinfacht ausgedrückt heißt das: Versuch liegt nur dann vor, wenn der Erfolg ausgeblieben ist, obwohl das im Tatbestand umschriebene Subjekt, Objekt, Werkzeug und obwohl bestimmte räumliche oder zeitliche Verhältnisse gegeben waren. (Anm.68)

Der bei der Gegenüberstellung vom Versuch ( im engeren Sinn) und Mangel am Tatbestand angeführte Hinweis auf die angeblich im Hinblick auf den deliktischen Erfolg unterschiedliche Kausalität der einzelnen Arten von Tatbestandsmerkmalen war nun offensichtlich nicht geeignet, die Dohna'sche Theorie schlagend zu begründen. Es mag hier der an sich zutreffende Gedanke zugrundeliegen,

66. Vergl. zu Dohna " Der Mangel am Tatbestand" S.7 : " Primäres Erfordernis der Strafbarkeit ist die Verwirklichung eines objektiven Delikts-Tatbestands."
67. Der Mangel am Tatbestand S.15
68. aaO. S. 18 ff

daß bestimmte Umstände die Tatbestandlichkeit nicht "bewirken" sondern gegebenenfalls dem Tatbestand entsprechen können (Anm.69), doch hindert nichts, diese dem Tatbestand entsprechenden Umstände auch in ihrer Wirkung auf einen bestimmten Erfolg hin zu prüfen und damit eine - für sich ebenfalls tatbestandsmäßige - Kausalität festzustellen.

Es ist mit anderen Worten auf die Ursächlichkeit eines Umstandes ohne Einfluß, ob er im gesetzlichen Tatbestand eigens umschrieben worden ist oder nicht. Sinnvoll wäre diese Unterscheidung nur dann wenn dem tatbestandlichen Erfolg ein weiterer zur Seite gestellt werden könnte, bei dessen Erreichen die Tat ebenso als vollendet bezeichnet werden müßte, wie nach Verwirklichung des tatbestandlichen Deliktserfolges.

Diese Ansicht vertrat zu Dohna in der Tat: Seiner Meinung nach war etwa die in Zueignungsabsicht erfolgte Wegnahme der eigenen Sache eine vollendete Handlung und schon deshalb kein Versuch. (Anm.70) Findet somit die Entwendung der eigenen Sache als Erfolg der Handlung Berücksichtigung, ist es natürlich folgerichtig, dem Tatbestandsmerkmal " fremde Sache " in § 242 StGB jede (auch nur hypothetische) Kausalität abzusprechen. Auf Erfolge, die der Tatbestand nicht nennt, kommt es jedoch nicht an, was schon daraus hervorgeht, daß sonst die Vorstellungen des Täters über das Erreichte maßgebend sein müßten und in schlechthin allem ein Erfolg und eine Vollendung zu entdecken wäre.

Die Sonderstellung des Erfolgs gegenüber den übrigen Tatbestandsmerkmalen bedurfte daher einer anderen Begründung. Diese lieferte einmal das positivistische Argument aus dem Wortlaut des § 43 StGB, der den Versuch negativ als Verbrechen oder Vergehen, das " nicht zur Vollendung gekommen ist", kennzeichnet, zum anderen die Unter-

69. Beling " Die Lehre vom Verbrechen" S. 30

70. "Der Mangel am Tatbestand" S. 14, obwohl zu Dohna selbst bemerkt (Anm. 2 auf S.14): " Wann eine Handlung vollendet ist, kann wiederum nur mit Rücksicht auf den speziellen Deliktstatbestand beurteilt werden".

suchung des Versuchs im Hinblick auf die in ihm jeweils enthaltenen Irrtümer. Die Frage, inwieweit aus dem Wortlaut des § 43 StGB eine Heraushebung der "Nichtvollendung" als fehlendes Tatbestandsmerkmal (gegenüber anderen Merkmalen, die nicht fehlen dürfen) entnommen werden kann, dürfte heute eindeutig dahin zu beantworten sein, daß der fehlende Erfolg zwar ein Begriffsmerkmal des Versuchs ist, daß jedoch in § 43 StGB damit eine sachliche Unterscheidung zwischen dem Erfolg und anderen Merkmalen des Deliktstatbestandes nicht getroffen worden ist. Aktuell - insbesondere im Hinblick auf ausländische Versuchslehren - sind daher nur noch die Gründe, welche sich auf den Zusammenhang von Versuch und Irrtum beziehen.

Grundlegend war die Überzeugung zu Dohna's, daß jeder Versuch Ausdruck eines Irrtums sei (Anm.71). Hinsichtlich des Irrtums sei danach zu unterscheiden, ob er sich auf die Wirkung der eigenen Handlung, auf die Tatumstände oder ob er sich auf den Geltungsbereich von Rechtsnormen beziehe (Anm.72). Die Berechtigung für die Unterscheidung glaubte zu Dohna (insoweit die positivistische Methode verlassend) in der vorgegebenen Handlungsstruktur zu finden, die nach seiner Ansicht darin bestand, daß die Handlung als Willensbetätigung nur in ihrer Bezogenheit gerade auf den Erfolg zu verstehen sei (Anm.73), während auf die übrigen Tatbestandsmerkmale nicht der Wille, sondern nur das Bewußtsein gerichtet sei.

Geht man mit zu Dohna einmal davon aus, daß der Erfolg gegenüber den übrigen Tatbestandsmerkmalen dadurch ausgezeichnet ist, daß sich auf ihn allein der Wille des Handelnden bezieht (Anm.74), fragt sich, ob dieser Umstand zu Unterscheidungen gerade im Bezug auf den Irrtum berechtigt. Dagegen spricht, daß ein Irrtum

71. "Der Mangel am Tatbestand" S. 4

72. "Der Mangel am Tatbestand" S. 4

73. "Der Mangel am Tatbestand" S. 12: " ...der dem Versuch wesentliche Irrtum ist allemal ein solcher, von welchem gerade das Beziehungsobjekt des Willens betroffen wird. Der Wille ist aber auf den Erfolg gerichtet".

74. Es ist interessant, wie zu Dohna durch Hervorhebung der Sonderstellung des Erfolgs in Bezug auf die Handlung, insbesondere den Handlungswillen, die Grundlage für die auf der Finalität des Handelns aufbauende Handlungs- und Unrechtslehre bereitet.

sich primär nicht auf den Willen, sondern nur auf dessen Inhalt, auf die in ihm enthaltenen Vorstellungen bezieht.

Warum nun innerhalb der Vorstellungen des Täters über die Tat Differenzierungen danach vorzunehmen sein sollen, ob die Vorstellungen mit dem Willen, einen Erfolg zu erreichen direkt oder lediglich indirekt verbunden sind, ist nicht recht einzusehen. Vielmehr legt die Regelung des § 59 StGB die Vermutung nahe, daß Irrtümer über Tatbestandsmerkmale ohne Unterschiede gleich zu behandeln sind. von Liszt (Anm. 75) bemerkte zutreffend: "Ist es gleichgültig, welches Tatbestandsmerkmal der Täter verkannte (§ 59), so muß es auch gleichgültig sein, welches Tatbestandsmerkmal objektiv fehlt: es liegt allemal Versuch vor". zu Dohna hat diese Argumente nicht zu entkräften vermocht.

Damit war der Theorie vom Mangel am Tatbestand, die Basis genommen. Da aber, wie später zu zeigen sein wird, diese Lehre, mindestens die Bezeichnung dieser Lehre, in Österreich noch eine große Rolle spielt, ist es erforderlich, die Konsequenzen dieser Konzeption, so wie sie sich nach den Vorstellungen ihrer Schöpfer ergibt, darzustellen.

Sie standen entgegen der landläufigen Meinung nicht in einer objektiven Versuchslehre. Nachdem die "eentlichen" Versuchsfälle dem Mangel am Tatbestand gegenübergestellt waren, hatte sich die Debatte um die Ausführungshandlung schon mit der Vorfrage, ob überhaupt Versuch vorliegt, erledigt. Fehlte es nur am Erfolg, nicht aber an einem der sonstigen Tatbestandsmerkmale, war -jedenfalls nach Meinung zu Dohna's (Anm.76)- der Tatbestandlichkeit des versuchten Delikts Genüge getan. Im Bereich des Versuchs war nun "ohne Rücksicht auf die Vorstellung, die sich der Täter von den Bedingungen des Kausalablaufs gebildet hat" (Anm. 77) die

75. Lehrbuch § 46 S.200

76. Streng genommen trifft das allenfalls dann zu, wenn man den objektiv gefaßten Tatbestandsbegriff Beling's aufgibt und auch subjektive Tatbestandsmerkmale, insbesondere den Entschluß zuläßt. zu Dohna behandelt diese Frage nicht ausdrücklich. Stattdessen bestimmt er die Tatbestandlichkeit des Versuchs durch Ausscheidung der Fälle des Mangels am Tatbestand negativ. (Alles was nicht Mangel am Tatbestand ist, ist -soweit die Tat nicht vollendet ist- Versuch), vergl. aber Anm.66.
77. zu Dohna "Mangel am Tatbestand" S.23, weiterhin aaO.S.24:  
"Zudem nun der Gesetzgeber die Bestrafung nicht davon ab-

Tat nicht abschließend zu beurteilen. Das gab für zu Dohna den Ausschlag, der subjektiven Theorie zur Bestrafung des Versuchs grundsätzlich zuzustimmen (Anm.78). Demgemäß hielt er zum Beispiel das Abdrücken eines ungeladenen Gewehrs auf einen Menschen in der Meinung, das Gewehr sei geladen, für strafbar. (Anm.79) Ein Abstellen auf irgend eine Art von Tauglichkeit lehnte er ab (Anm.80) ebenso wie einen objektiven feststellbaren "Tatbestandsanfang" (Anm.81).

Im Einzelfall nicht ganz einfach zu bestimmen war der Mangel am Tatbestand bei fehlendem Objekt dann, wenn das Objekt zwar existierte, jedoch nicht zur Stelle war. zu Dohna neigte dazu,

hängig macht, daß der Erfolg wirklich eintritt, erklärt er dafür unmißverständlicher Weise gerade nicht den objektiven Charakter der Handlung für maßgebend, sondern die Vorstellung, kraft deren der Täter sie für verursachend gehalten hat." Vergl. ferner ZStW 51/621." Mit dem untauglichen Versuch aber hat der Mangel am Tatbestand nicht das geringste zu tun. Die untauglichsten Unternehmungen (Verführung eines 16jährigen Mädchens das sich zugänglich zeigt, öffnen eines Behältnisses mit einem echten Schlüssel) sind echte Fälle eines Mangels am Tatbestand". Was nicht versucht ist, ist weder tauglicher noch untauglicher Versuch. Und der Mangel am Tatbestand ist gerade nicht Versuch, weil kein Anfang der Ausführung".

78. "Der Mangel am Tatbestand" S.24. Die Einschränkung betraf die Fälle des Fehlschlagens, die auf einen nomologischen Irrtum zurückzuführen sind, welche nach zu Dohna straflos bleiben sollten. Anlaß zu dieser Unterscheidung von ontologischem und nomologischem Irrtum war offenbar die Auffassung, der Versuch sei ein Spezialfall des Irrtums. Diese Auffassung legt es nahe die Unterscheidungen, die zwischen Irrtumsarten möglich scheinen, auf die Versuchsdogmatik auszudehnen. Daß die getroffene Unterscheidung nicht möglich ist, wurde bereits dargelegt. Bei zu Dohna ist sie, abgesehen von ihrer Unmöglichkeit, darüber hinaus auch unmotiviert, da sich kein rechter Grund aus der Gesamtsystematik ergibt, der sie rechtfertigen könnte.
79. "Mangel am Tatbestand" S 27.
80. "Mangel am Tatbestand" S. 21 - 23.
81. Vergl. Beling "Die Lehre vom Verbrechen" S. 329: " Nur diejenigen Mängel am Tatbestande, die lediglich ein Fehlen des Tatbestandes bedeuten, hindern die Anwendung des betreffenden Verbrechenstypus nicht" ..... " Darin liegt der Schlüssel für die Auffassung des absolut untauglichen Versuchs: Es ist das ein Handeln, das nicht als Erfüllung des Tatbestandsanfangs... erscheint".



unlösbarer Abgrenzungsschwierigkeiten dadurch aus dem Wege zu gehen, daß er nur bei nicht existierendem Objekt Mangel am Tatbestand annahm. Doch selbst damit waren nicht alle Schwierigkeiten beseitigt, denn es bleibt offen, wo sich das tatbestandsmäßige Objekt beispielsweise befindet, wenn der Täter in Diebstahlsabsicht in die leere Tasche greift. Der Täter wird in der Regel keine Vorstellungen von dem haben, was er in der Tasche zu finden hofft; er will sich eben zueignen, was er in der Tasche findet. Erst wenn also die betreffende Sache in die Tasche gelangt, wird sie zu dem, was der Täter als Tatobjekt anvisiert hat, vorher existiert sie als solche nicht - zu Dohna hielt den Griff in die leere Tasche gleichwohl für strafbar.

Diese Schwierigkeiten sollen an dieser Stelle noch nicht weiter verfolgt werden. In der österreichischen Strafrechtsdoktrin haben sie jedoch ihre Bedeutung bis heute nicht verloren. Auf eine Eigenart, die im Wesen der Lehre vom Mangel am Tatbestand liegt und die zu Dohna klar erkannt hat, muß allerdings bereits jetzt hingewiesen werden: die Abhängigkeit der Strafbarkeit einer Handlung " von der technischen Ausprägung des gesetzlichen Tatbestandes". (Anm.82 ) Die Lehre vom Mangel am Tatbestand teilte mit anderen positivistischen Lehren das Schicksal, von allen Zufälligkeiten der gesetzlichen Fassung des einzelnen Rechtssatzes abhängig zu sein und damit häufig den Bedürfnissen nach sachlicher Richtigkeit zu widersprechen. Dennoch ist der Einwand, die Lehre vom Mangel am Tatbestand könne die unterschiedliche Behandlung der einzelnen Tatbestandselemente nicht erklären, (Anm.83) im Hinblick auf ihren positivistischen Ausgangspunkt nicht angebracht, denn dieser bestand gerade in der Beschränkung auf die positive Umschreibung der Ausführungshandlung (Anm.84).

82. "Der Mangel am Tatbestand" S.28

83. So z.B. Maurach AT 4.Aufl. § 41 III/B 2(S. 506ff)

84. Soweit allerdings zu Dohna die positivistische Basis Beling's verlassen hat und seine Theorie auch mit dem Hinweis auf die besondere Stellung der Erfolgsvorstellung in der Handlung untermauern wollte, ist der Einwand allerdings durchschlagend.

Die Frage, ob die im Rechtsgutsbegriff liegenden Wertungen mit Hilfe der positivistischen Methode für die Strafrechtssystematik in vollem Umfange nutzbar gemacht werden können, stellt sich freilich umso dringender. Die positivistische Methode steht einer teleologischen Betrachtungsweise, wie sie der Rechtsgutsbegriff fordert, entgegen. Insbesondere korrespondiert der Rechtsgutsbegriff nicht mit einer als bloßer Verursachung verstandenen Verletzungshandlung, sondern verlangt wertende Kriterien, die den in einem Verhalten liegenden Angriff auf ein Rechtsgut bezeichnen. Um diese Kriterien zu entwickeln, sind verschiedene Anstrengungen unternommen worden.

#### b) Der Durchbruch des Adaequanzbegriffs.

Sobald der Rechtsgutsbegriff nicht mehr ausschließlich körperlich begriffen wird, taucht das Problem auf, wie man sich das Verhältnis von Verhalten und Rechtsgut vorzustellen hat, wie eine Rechtsgutsverletzung zu verstehen ist. Je abstrakter der Rechtsgutsbegriff gefaßt wird, umso mehr wird er in den Bereich der Ideen entrückt und umso weniger ist er verletzbar. Andererseits verfehlt eine auf den körperlichen Aspekt des Angriffsobjekts beschränkte Deutung des Rechtsguts die in diesem Begriff liegende und von ihm wiederum ausgehende Wertung, die darin besteht, daß ein bestimmter Sachverhalt vom Recht als "Gut" betrachtet wird. Weder kann sich die Rechtsgutsverletzung auf die Verletzung des Angriffsobjekts beschränken, noch kann sie allein im Angriff auf das Rechtsgut als abstrakte Idee gesehen werden, so daß es nicht erfolgversprechend scheint, bei Beurteilung der Rechtsgutsverletzung das Gewicht einseitig auf diesen oder jenen Aspekt zu legen. Welche Lösungen dieses Konflikts bieten sich an und welche wurden versucht?

Von Liszt hatte ursprünglich noch Interesse und Rechtsgut gleichgesetzt (Anm. 85). Von Keßler (Anm. 86) auf die Unkorrektheit dieser

85. ZStW 6/673, ebenso Lehrbuch § 26.

86. Keßler GS 39/94 ff.

gewisse  
, daß die  
rtische  
ellen  
satz von  
ig der  
was das  
nur noch  
ersuchte  
en als  
lte und  
ekt bezog.  
uß .....  
in, .....,  
en diesen  
rezeich-  
chtlich  
ls eine  
lich

n ge-  
dieses  
alli-  
-  
wird,

hen  
he

von Liszt hatte nämlich die Frage zu stellen versäumt, warum das Verbrechen als Handlung (und nicht nur als Rechtsverletzung) überhaupt ins Auge gefaßt werden soll. Die Handlung als solche interessiert im Grunde nicht, solange sie nicht mit dem Prädikat "rechtswidrig" belegt werden kann, und dieses Prädikat ist eben unter alleiniger Berücksichtigung der Verletzung des Angriffsobjekts nicht zu verleihen, wenn das Rechtsgut die bestimmende Instanz bei der Entscheidung über die Rechtswidrigkeit ist. An das Rechtsgut selbst reicht die Verletzungshandlung aber nicht heran. Die Begriffe Handlungsobjekt und Verbrechensgegenstand hatten zwar damit den Platz vom Angriffsobjekt und Rechtsgut eingenommen, ihr Verhältnis war aber nach wie vor ungeklärt.

Die lebhafteste Polemik Keßler's (Anm.90) gegen diese Mängel der von von Liszt vertretenen Lehre war demnach keineswegs so unberechtigt, daß von Liszt sie hätte als unwissenschaftlich abtun dürfen. Keßler definierte den Begriff "Interesse" folgendermaßen (Anm.91): "Das Interesse einer Person an einer Tatsache ist ein Verhältnis der Person zu dieser Tatsache, vermögen dessen das Eintreten oder Nichteintreten derselben für ein Gut der Person eine nachteilige Folge hat." Damit knüpfte er an die von Binding (Anm.92) gegebene Definition "Interesse bedeutet die Beziehung zwischen einem Gute und demjenigen, für welchen dieses Gut ein Gut ist" an, erweiterte diese aber um eine dynamische Komponente in Gestalt des Interesses an dem Eintritt oder Nichteintritt des konkret schädigenden Ereignisses. Damit war der Kern getroffen.

Ein Interesse "an sich" ist undenkbar, Das Interesse ist in seinem Inhalt abhängig von seinem Objekt "an dem es besteht", es ist ein Relationsbegriff. Der durch ihn ausgedrückte Bezug ist mehrschichtig. Einmal erhält das Interesse seine konkrete Bestimmung durch die Idee eines Rechtsguts, etwa des Lebens, der Ehre, der Freiheit, des Vermögens etc. Darüber hinaus besteht das Interesse an der Erhaltung der diesen entsprechenden Zustände.

90. GS 39/94 ff und GS 40/580 ff (591 Anm.1)

91. GS 39/101

92. Binding Normen I/189

Der Bezug ist demnach ein ideeller und ein materieller zugleich, mit der Folge, daß eine materielle Beeinträchtigung des Interesses auch die ideelle Komponente berührt. Die Rechtsgutsverletzung ist dementsprechend als Interessenverletzung in ihrer Gesamtheit zu erfassen; das Interesse ist gleichsam die Schaltstation zwischen dem konkreten Angriffsobjekt und der Idee des Rechtsguts und erweist sich so als unentbehrlich für ein Strafrechtssystem, das das Verbrechen nicht nur formal (Anm.93) als Ungehorsam, sondern darüber hinausgreifend in seinem materiellen Gehalt erfassen will.

Für die Versuchsdogmatik stellen sich nunmehr zwei Fragen: Inwieweit ist die Interessenverletzung von der Verletzung des Angriffsobjekts abhängig und inwieweit ist die Verletzung des Interesses dem Kausalitätsdogma unterworfen? Die Antwort auf diese Frage wird einerseits dadurch bestimmt, daß das Interesse selbst nichts Körperliches ist, andererseits dadurch, daß es als ein in der Vorstellung eines Menschen bestehender Bezug zwischen realen Zuständen und der Idee bestimmter Güter von allen den Ereignissen berührt wird, die diese gutsgemäßen Zustände betreffen. Die Bindung an die Kausalität würde das Interesse zum Synonym für das Angriffsobjekt machen, die vollkommene Abstraktion vom Realen zum Synonym für das Rechtsgut als Idee. Dieses Dilemma wird gelöst, wenn man davon ausgeht, daß das geschützte Interesse ein reales Verhältnis ist und daher real verletzt werden kann (Anm.94), daß diese Verletzung jedoch nicht notwendig eine körperliche Verletzung voraussetzt.

93. Ausdrücklich gegen Keßler: Finger GS 40/139 ff. Finger warf Keßler vor, die Motive, welche zum Erlaß der Strafgesetze geführt haben, mit deren Gehalt zu verwechseln. Das Unrecht erschöpft sich nach Ansicht von Finger (aaO. S.153) im Ungehorsam, während die Interessenverletzung nicht notwendiges Element des Verbrechens ist (§.156).
94. Zu Keßler GS 39/127



Auch hier hat Keßler seinerzeit den richtigen Weg gewiesen: Ihm war von Finger(Anm.95) entgegengehalten worden, die Richtigkeit der These, daß eine Interessenverletzung für das Unrecht nicht wesentlich sei, ergebe sich u.a. daraus, daß der Versuch strafbar sei, ohne daß hier eine Verletzung von Interessen real gegeben sei. Wäre dieser Einwand zutreffend gewesen, hätte der Begriff des Interesses dem Bemühen, die materiellen Grundlagen des Unrechts zu erforschen, in der Tat nicht weitergeholfen. Der Einwand traf indessen nicht. Ein Interesse besteht jeweils am Eintritt und Nichteintritt eines künftigen Ereignisses und ist damit gleichsam auf die Zukunft projiert. Das bedeutet, daß das Interesse bereits vor Eintritt (bzw. Nichteintritt) des betreffenden Ereignisses tangiert wird, sobald eine Entwicklung befürchten läßt, daß Ereignis werde eintreten bzw. ausbleiben; die Verletzung des Interesses tritt mit anderen Worten bereits mit der Gefährdung dessen ein, auf das das Interesse projiert ist. Da das Interesse auf bestimmte Ereignisse bezogen ist, besteht es am Unterbleiben gefährlicher Handlungen. Betrachtet man den Versuch als gefährliche Handlung ( und schränkt man insoweit die Strafbarkeit ein) , ergibt sich, daß ein Interesse am Unterlassen eines Versuchs nicht weniger besteht als am Ausbleiben des Erfolgs. " Ja freilich, wenn von vornherein feststünde, daß der Versuch fehlschlagen werde, dann hätte man kein Interesse am Unterbleiben des Versuchs, und dann würde die Versuchshandlung auch kein Interesse verletzen; aber, weil ich nie wissen kann, wie's abläuft, darum habe ich ein höchst reales Interesse daran, daß niemand auch nur den Versuch mache, mich totzuschlagen" bemerkte Keßler zutreffend (Anm.96 ). Das Strafrecht will" die Gegenwart schützen und blickt deshalb .... in die Zukunft". (Anm.97).

95. GS 40/156

96. Keßler in GS 40/594

97. Keßler GS 40/595

Damit war gleichzeitig der Wechsel der Perspektive vollzogen, der es überhaupt erst erlaubt, von Gefahr zu sprechen. An Stelle der Beurteilung ex post trat die Betrachtung ex ante. Dieser Umschwung war ein allgemeiner (Anm.98), denn die Erkenntnis setzte sich durch, daß eine objektive Versuchstheorie letztlich nur auf der festen Grundlage des Gefahrbegriffs zu entwickeln war.

Weitgehend ungeklärt blieb jedoch, wie der - an sich richtig verstandene - Gefahrbegriff in der auf dem Rechtsgutsbegriff bzw. der Rechtsgutsverletzung als Kern des Unrechts aufbauenden Strafrechtssystematik unterzubringen war. Warum neben der Verletzung auch die bloße Gefährdung ins Blickfeld des Strafrechts rückt, ist wohl mit der Beunruhigung der Allgemeinheit und ähnlichem zu erklären, nicht aber unmittelbar aus dem Rechtsgutsbegriff, soweit dieser als Idee verstanden wird, und auch nicht im Hinblick auf das Angriffsobjekt, wenn in ihm der Anknüpfungspunkt für eine nachträgliche Beurteilung gesehen wird.

Auf diese nachträgliche Beurteilung eines Geschehens deutet der Rechtsgutsbegriff nun aber hin, denn die objektive Bewertung eines Geschehens kann nur von einem "Wissenden" vorgenommen werden, d.h. von einem, der der Unsicherheit hinsichtlich künftiger, sich an ein Geschehen noch anschließender Folgen nicht ausgesetzt ist.

In diesem Sinne objektiv ist nur der Betrachter, der die Folgen, auf die es nach dem jeweiligen Tatbestand ankommt, deshalb übersieht, weil sie bereits eingetreten sind. In einer Gefahrensituation, die ihrem Wesen nach alle Möglichkeiten offenläßt, ist dieses Urteil nicht zu fällen.

Der Begriff des Interesses, der bereits die Verbindung zwischen Tat und Rechtsgut herzustellen vermocht hat, erweist sich auch an dieser Stelle als nützlich, indem er der ex post-Bewertung von Seiten des Rechtsguts die ex ante-Betrachtung hinzufügt und damit den Gefahrbegriff gleichberechtigt neben den Erfolg stellt. Das

98. Bahnbrechend: v.Liszt, der den Adaequanzbegriff in seinem Lehrbuch zur Geltung verholfen hatte (2.Aufl. S.191). Heute für die Anwendung des Adaequanzbegriffs vor allem Maurach AT S.203 ff.

Interesse - selbst auf Zukünftiges gerichtet - wird bereits mit der Wahrscheinlichkeit, daß das Ereignis eintritt, welches ausbleiben soll, verletzt. Die Zielrichtung des Interesses entspricht der Blickrichtung, unter der das Vorliegen einer Gefahr festgestellt wird.

Zur Feststellung der Gefahr bedarf es wiederum einer Wertung, mit der der Gefahrbegriff als allgemein gültiges Prinzip im Strafrechtssystem verankert wird. Diese Wertung war dem Interessenbegriff, wie er um die Jahrhundertwende zumeist verstanden wurde, allerdings nicht zu entnehmen, da man in ihm die psychologische Beziehung des Individuums zu einem Gut bzw. zu einem den gutsgemäßen Zustand verändernden Ereignis sah. Die Möglichkeit, den Begriff des Interesses durch eine Wertung zu objektivieren, war an sich vorhanden; sie wurde jedoch nicht recht genutzt. (Anm. 99)

Grundlage dieser Wertung hätte die Tatsache sein können, daß nur das "rechtliche geschützte" Interesse Aufmerksamkeit verdient. Damit - so wäre zu argumentieren gewesen - wird nicht nur eine Auswahl unter der Vielzahl von Interessen getroffen, die das jeweils betroffene Individuum hat, sondern die ausgewählten Interessen sind darüberhinaus ihrer wesensmäßigen, der psychologischen Betrachtungsweise entspringenden Subjektivität entzogen. Das bedeutet, daß sie einem allgemeingültigen Prinzip zugänglich werden, welches die Voraussetzungen dafür angibt, daß von Gefahr gesprochen werden darf. In diesem Prinzip sind das rechtlich geschützte Interesse und die Gefahr korrelate Begriffe. Verbliebe das Interesse ein von Fall zu Fall nach der subjektiven Einstellung des Interessierten zu bestimmender Sachverhalt, wäre auch die

99. Sina "Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs Rechtsgut" bemerkt zusammenfassend im Hinblick auf den Rechtsgutsbegriff in der Epoche des Positivismus zutreffend: "War das Hauptresultat der Diskussion des Rechtsgutsbegriffs im Positivismus seine theoretische Befreiung von empirisch-naturalistischem Mißverständnis gewesen, so traten anstelle der gegenständlichen Auffassung doch nur wieder naturalistische Psychologisierung oder Formalisierung .... Der materielle Begriff des Rechtsguts blieb also entweder an der Psychologismus geknüpft oder unklar".

Gefährdung des Interesses von einer subjektiven Einschätzung abhängig und nur von Fall zu Fall, nicht aber objektiv zu bestimmen. Um als Wertungsobjekt neben die im deliktischen Erfolg verkörperte Rechtsgutsverletzung treten zu können, kann das "rechtliche geschützte Interesse" eines objektiven, d.h. allgemeingültigen Begriffsinhalts nicht entbehren. Die entsprechenden Prinzipien der Wertung versuchte die Adaequanztheorie zu entwickeln.

Die besondere Bedeutung der Adaequanztheorie liegt, unabhängig von ihrer Ausprägung im einzelnen, in der Verdrängung des einzigen nicht auf einer Wertung beruhenden Zurechnungsbegriffs, der eine erste Verbindung zwischen Tat und Täter herstellt: des naturwissenschaftlichen Kausalitätsprinzips (Anm.100). Auch die Aequivalenztheorie kommt zwar nicht ohne eine (unterbewußte) Wertung aus, die alle jenen kausalen aber offensichtlich nicht rechtswidrigen Ereignisse von vornherein aus der strafrechtlichen Prüfung ausschaltet (Anm.101), doch bleibt diese Wertung verborgen im Gegensatz zu der der Adaequanztheorie, die sich offen dazu bekennt, das naturwissenschaftliche Feld der Kausalität zu verlassen (Anm.101.a).

100. Der Kausalitätsbegriff im Sinne der Aequivalenztheorie war freilich nur scheinbar ein naturwissenschaftlich fundierter Begriff. Statt auf Naturgesetzmäßigkeiten zurückzugehen wurde versucht, mit dem Abstellen auf abstrakte und hypothetische Alternativen das empirische Urteil über die Kausalität durch ein logisches zu ersetzen (so ausdrücklich Mezger Lehrbuch 3.Aufl. S.111). Gegen die *conditio sine qua non* Formel neuerdings Jescheck LB. S.190 ff, Arthur Kaufmann in Festschrift für Eberhard Schmidt S. 207.

101. Vergl.Engisch "Die Kausalität als Merkmal strafrechtlicher Tatbestände" S. 48, wo zutreffend festgestellt wird, daß die Gefahr des regressus ad infinitum bei der Kausalitätstheorie aufgrund der Bedingungstheorie nur dadurch gebannt wird, daß von vornherein nur ein solches Verhalten auf die Kausalität hin untersucht wird, daß als rechtswidrig verdächtig ist.

101.a Es kommt dabei nicht darauf an, ob man den Begriff der Adaequanz als deskriptiven oder normativen Begriff versteht. Wesentlich ist in diesem Zusammenhang nur die Wertung, die darin liegt, daß von vornherein die Kausalität nur dann relevant wird, wenn sie adaequat ist. Die Forderung nach Adaequanz selbst ist die Wertung.

Diese Wende wurde häufig in ihrer Bedeutung verkannt und mit der irreführenden Bezeichnung "adaequate Kausalität" verharmlost. (Anm.101.b) In Wahrheit ging es jedoch überhaupt nicht mehr um die Feststellung von Kausalität, sondern um das Werturteil" über die Bedeutung des Kausalzusammenhangs für die Rechtsordnung"(Anm.101.o), also um eine objektive Zurechnung. Es war nämlich erkannt worden, daß von Kausalität nur gesprochen werden kann, wenn ein Geschehen aus der Perspektive des Erfolgs betrachtet wird. Es ist der Erfolg, der dem Geschehen gleichsam den Stempel der Kausalität aufdrückt. Zwar sind Bedingungen für einen bestimmten Erfolg von Anfang an und für alle Zeit kausal, doch kann das Prädikat "kausal" von Menschen nur rückwirkend verliehen werden. Kausalität ist daher immer ein konkretes und nachträgliches Urteil, das überall dort nicht gefällt werden kann, wo seine notwendige Voraussetzung -der Erfolg- fehlt.

Beim Versuch hat es also nahe gelegen, die Wende zu einem Urteil zu vollziehen, das eine andere -schon im Zeitpunkt der Handlung gegebene und vom Erfolg unabhängige - Grundlage hat. Diese Grundlage mußte ein Kriterium sein, das eine gesicherte Prognose über die voraussichtlichen Wirkungen der Handlungen zuließ und sie wurde in nichts anderem als in dem allgemeinen menschlichen Erfahrungswissen gefunden. Ein spekulatives, abstrakt-prognostisches Denken trat also an die Stelle des naturwissenschaftlichen, konkret-nachträgliches.

Es ist bekannt, daß ursprünglich mehrere Ausgangspunkte gewählt wurden, um die Adaequanzbeziehung zwischen Geschehen und (antizipiertem) Erfolg zu begründen, doch lohnt die Darstellung dieser

101.b So wird noch jetzt die Adaequanztheorie zumeist im Zusammenhang mit den Kausalitätstheorien dargestellt.

101.o So zutreffend Honig in Festgabe für Frank II S.174. Für eine Trennung von Feststellung der Kausalität und Zurechnung plädiert auch die Relevanztheorie. Vergl. Mezger LB 3.Aufl. S.121 ff.



verschiedenen Theorien im einzelnen nicht, da von vornherein eine ausschließlich auf die Vorstellungen des Täters abstellende Lehre für einen objektiv verstandenen Gefahrbegriff unfruchtbar ist (Anm.102). Die auf subjektiver Grundlage von von Kries (Anm.103) entwickelte Adaequanztheorie ist dementsprechend auf allgemeine Ablehnung auch bei denen gestoßen, die sich grundsätzlich zur Adaequanztheorie bekennen (Anm.104).

Anerkannt als allein mögliche Basis eines objektiven Zurechnungsbegriffs ist der Standpunkt der objektiv-nachträglichen Prognose. Dieser führt nach Mezger (Anm.105) " zur Voraussetzung aller Bedingungen, die bei der menschlichen Handlung schon vorlagen, auch soweit sie erst später bekannt geworden sind, sowie aller derjenigen, mit deren späteren Eintritt nach allgemein menschlicher Erfahrung noch gerechnet werden kann."

102. Ein von jedermann als gefährlich beurteiltes Geschehnis verliert dieses Attribut nicht deshalb, weil ausgerechnet der Handelnde selbst sich der Gefahr nicht bewußt wird bzw. aufgrund seines Erfahrungswissens nicht bewußt werden kann.

103. Vergl. "Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung" und ZStW 9/528.

104. Zur Theorie der nachträglichen objektiven Prognose bekannten und bekennen sich vor allem: Rümelin in AcP 90/171 - 344, von Hippel II/152 ff, derselbe Lehrbuch des Strafrechts S. 97, Tarnowski " Die systematische Bedeutung der adaequaten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs", Frank § 1 Anm.III, 1 d, Traeger Der Kausalbegriff S.159 ff, Mauraach AT S.203, II.Mayer LB 134, Mezger-Plei Stu.B.73, Sauer ZStW 69/4, Maihofer ZStW 70/182 ff.

105. Mezger LB S.119, ebenso Jescheck S.193, der die Adaequanztheorie allerdings nur in ihrer negativen Fassung zur Abgrenzung benutzen will(".... es darf nicht schlechthin unwahrscheinlich sein, daß die Handlung den Erfolg nach sich zieht"). Offen bleibt die innere Berechtigung dieser auf Negative beschränkten Formel.

Ebenso wie die Adaequanz eines Erfolgs kann vom Blickwinkel der nachträglichen Prognose aus auch der Begriff der Gefahr bestimmt werden (Anm.106). Obwohl das Reichsgericht die Anwendung der subjektiven Versuchstheorie im wesentlichen damit begründet hat, daß dem Versuch seinem Wesen nach der Erfolg und damit auch die Tauglichkeit (bzw. die Gefährlichkeit) zum Erfolg fehle, griff es an anderer Stelle ganz selbstverständlich auf den Gefahrbegriff zurück und definierte diesen ganz zutreffend ex ante mit der "Wahrscheinlichkeit" des Erfolgseintritts (Anm.107). Diese Wahrscheinlichkeit ergibt sich aus einem "Analogieschluß" (Anm.108) zwischen bereits Erfahrenem und durch die Erfahrung Typisiertem mit dem Gegenwärtigen, wobei dieser Analogieschluß durch die Überzeugung der Gesetzmäßigkeit allen irdischen Ablaufs ermöglicht wird.

- Es lag auf der Hand, bestimmte Arten des Versuchs in ihrem Unrechtsgehalt auf die in ihnen zum Ausdruck gekommene Gefährdung eines Interesses und damit eines Rechtsguts zurückzuführen. Zum Teil ist dies geschehen, ohne daß im übrigen Interesse und Gefahr einen Platz im System gefunden hätten (Anm.109), zum Teil jedoch
106. Daß der Gefahrbegriff auf dem Adaequanzgedanken fußt, ist von Sauer Allg. Strafrechtslehre 3.Aufl. S.98, von Hippel LB S.97, Maurach AT 237 richtig bemerkt worden. v. Liszt dagegen, der ebenfalls den Gefahrbegriff mit Hilfe der nachträglich-objektiven Prognose entwickelt hat, (LB 2.Aufl. S.191 lehnte im übrigen die Adaequanztheorie ab. Ohne den Adaequanzgedanken als allgemeines Zurechnungsprinzip anzuerkennen ist jedoch der Rückgriff auf den Gefahrgedanken beim Versuch nicht zwingend zu begründen.
  107. Zur Rechtsprechung des RG vergl. BGHSt 18/271, der mit Hinweis auf RGSt 6/98, 7/128, 10/174, 14/135, 29/244 und 30/178. ("Unter Gefährdung hat man im allgemeinen einen Zustand zu verstehen, in welchem nach den obwaltenden konkreten Umständen der Eintritt eines Schadens als wahrscheinlich gelten kann, die Möglichkeit eines solchen nahe liegt") 61/362 die Rechtsprechung des RG fortführt. Ebenso ferner BGH 8/28(31), 13/66 (70). Übereinstimmend: Jescheck LB S.179.
  108. Finger in Festgabe für Frank Bd I/236. Derselbe definiert das Urteil über die Gefahr als ein Urteil, das sich auf einen bevorstehenden Kausalverlauf bezieht; Gefahr ist allgemeingültige Wahrscheinlichkeit einer vorgestellten Entwicklung aufgrund der Erkenntnis eines transzendent gegebenen (§.238).
  109. Etwa von Liszt LB 24.Aufl. S.209. Dieser insoweit sehr weitgehend, als er auch einen Abtreibungsversuch durch die objektiv Nichtschwangere für strafbar hielt, wenn nicht ausgeschlossen werden konnte, daß die Täterin schwanger war. Dagegen Frank § 43 III, der darauf hinwies, daß die Gefährdung eines Objekts dessen Existenz voraussetzt. Schmidt wies in der 26.Aufl. des LB darauf hin, daß von Liszt damit den zuvor geschaffenen objektiven Gefahrbegriff faktisch aufgegeben hat (S. 309 ff., 313).

wurde der strafbare Versuch gerade als Muster eines sich in der Gefährdung erschöpfenden Delikts erkannt (Anm.110), das in den durch die Adaequanzlehre geschaffenen Gesamtzusammenhang einzuordnen war.

Wenngleich die auf der vom Versuch ausgehenden Gefahr aufbauende objektive Versuchstheorie bis heute ihre Anhänger gefunden hat (Anm.111), ist dieser Zusammenhang zwischen Gefahr und Adaequanz in der Versuchslehre wieder weitgehend verloren gegangen. Das mag damit zu erklären sein, daß die Adaequanzlehre - insbesondere in Gestalt der sogenannten Relevanztheorie (Anm.111.a) - die erwünschte Trennung von Tatbestand und Rechtswidrigkeit zu verwischen schien (Anm.112).

Gerade darin, daß sich aber diese Trennung vom wertfreien Tatbestand und wertender Rechtswidrigkeit mit fortschreitender Prüfung der angeblich beschreibenden Tatbestandselemente nicht halten ließ (Anm.113), zeigt sich jedoch insofern eine Fernwirkung der Adaequanztheorie, als diese an der Tendenz teilhat, sich mehr und mehr den Hintergründen der positiven Rechtssätze zuzuwenden und damit den Positivismus zugunsten einer teleologischen Betrachtungsweise zu überwinden.

Welche Entwicklung die Dogmatik durch die Verlagerung des Schwerpunkts auf die teleologische Methode genommen hat, wird im folgenden zu zeigen sein. Festzuhalten bleibt der Zusammenhang der zwischen Rechtsgut und Gefahr insoweit besteht, als sich der

- 110. von Hippel Deutsches Strafrecht II /417 ff, 422, derselbe LB S.154, 157.
- 111. So in Deutschland vor allem Spendel NJW 65/188 ff, ZStW 65/519, ZStW 69/441 und Festschrift f.Stöck S.89 sowie Dicke JuS 68/157 ff.
- 111a. Vergl.Mezger LB S.116, 122 , Mezger-Blei StuB I /74 ff.
- 112. Betrachtet man die Adaequanz allerdings lediglich als einen die Kausalität ergänzenden Gesichtspunkt der Zurechnung, ist dieses Bedenken unbegründet.
- 113. Vergl. M.I.Mayer LB S.182 ff, ihm folgend Mezger LB 1.Aufl. S.190 ff, eingehend Engisch in Festschrift für Mezger S.127ff, Schweikert " Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beling " S.43 ff und vor allem Kunert "Die normativen Merkmale der strafrechtlichen Tatbestände ".

zwischen dem Täter und dem Rechtsgut vermittelnden Interessenbegriff in seinem ex ante erfaßbaren Bedeutungsinhalt, d.h. in seiner Gerichtetheit auf Zukünftiges mit dem gleichfalls ex ante zu beurteilenden Adaequanzbegriff trifft, welcher seinerseits Grundlage des Gefahrbegriffs ist. Dieser Gefahrbegriff ist deshalb nicht willkürlich, weil ein Rechtsgut nur in dem auf die Erhaltung des Gutes gerichteten Interesse verletzbar ist und weil das Interesse bereits durch die Wahrscheinlichkeit, d.h. die Gefahr des schädigenden Ereignisses verletzt wird. Der Adaequanzgedanke ist einem auf der Rechtsgutsverletzung aufbauenden Strafrechtssystem immanent und umgekehrt hängt eine objektive Versuchstheorie, welche auf das allgemeine Prinzip der Adaequanz verzichtet zu können glaubt, in der Luft.

Es kann deshalb nicht verwundern, daß diejenigen, die noch immer eine objektive Versuchstheorie vertreten, der Sache nach auf die Adaequanztheorie zurückgreifen. Hierbei erweist sich freilich das Problem, einen Maßstab für das Wissen und die Erfahrung des imaginären objektiven Beobachters zu finden, als nahezu unlösbar.

Bisher (Anm.114) war allgemein anerkannt, daß nur der objektiv-konkret-gefährliche Versuch vom Standpunkt der objektiven Versuchstheorie aus strafbar sein sollte. Diese konkrete Gefährlichkeit des Versuchs für das Angriffsobjekt hatte der Richter durch eine nachträgliche Prognose zu ermitteln, und es konnte lediglich zweifelhaft sein, welche hypothetischen Erwägungen er bei dieser Prognose anstellen durfte. Noch immer ist dieses Vorgehen unbestritten, wo Gefahr und Gefährlichkeit im Strafrecht von Bedeutung sind (Anm.115).

114. Vergl. von Hippel II/419

115. Maurach AT § 41 II B 3, der gleichzeitig richtig bemerkt, daß es das eigenartige Schicksal der objektiven Versuchstheorie ist, daß sie sich überall, wo von Gefahr die Rede ist, behauptet hat, mit Ausnahme gerade ihrer Domäne, des Versuchs selbst.



Einen gewissen Unsicherheitsfaktor bringen allerdings hypothetische Alternativüberlegungen ganz notwendigerweise mit sich. Solange das Gefährlichkeitsurteil jedoch über eine konkrete Gefahr gefällt werden soll, läßt sich insoweit keine Abhilfe schaffen. Es besteht daher eine gewisse Verlockung, auf das konkrete Gefährurteil zu verzichten und sich mit der Feststellung einer abstrakten Gefahr zu begnügen.

Um eine abstrakte Gefahr nachzuweisen, ist es notwendig, Kriterien zu finden, die ein bestimmtes Verhalten als "an sich" gefährlich erscheinen lassen. Diese Kriterien werden, soweit im Gesetz abstrakte Gefährdungsdelikte normiert sind, vom Gesetz bindend festgelegt (Anm.116). Die Gefährlichkeitsindizien sind eigens zu bestimmten Handlungen typisiert worden. Bei der unendlichen Vielzahl denkbarer gefährlicher Versuchshandlungen müßten die dem Verhalten eigenen Gefährlichkeitsmomente nun in einem gemeinsamen Merkmal gefunden werden können, ohne daß es dazu eines Rückgriffs auf ein konkret angegriffenes Rechtsgut bedürfte. Mit anderen Worten: Man müßte unter ausschließlicher Berücksichtigung der Handlung bei Zugrundelegung menschlicher Erfahrung sagen können, welche Erfolgstendenz sie hat.

Bereits Zimmerl hatte Anfang der dreißiger Jahre geglaubt, den Handlungen und allgemein einem Geschehen eine Erfolgstendenz ablesen zu können (Anm.117). Ihm war jedoch entgegen gehalten worden, daß in der Regel erst subjektive, mit der Tat verfolgte Intentionen des Täters über die Zielrichtung der Tat Aufschluß geben können (Anm.118). Trotz dieser Kritik, sind auch in neuerer Zeit Versuche unternommen worden, die abstrakte Gefährlichkeit einer Handlung festzustellen, ohne auf ein vorher festgelegtes Muster gefährlicher Handlungen angewiesen zu sein.

116. Jescheck LB /179.

117. Zimmerl lehnte die Aufnahme eines Versuchstatbestandes in ein Strafgesetzbuch überhaupt als systemwidrig ab. (Vergl. Aufbau des Strafrechtssystems S.128 ff). Das Bestreben, an die Stelle des Versuchs Gefährdungstatbestände treten zu lassen, ergab sich damit von selbst.

118. Finger GS 97/391.



Oehler spricht von "objektivem Zweckmoment" (Anm.119), Dicke, der sich auf Oehler beruft, von "objektiver Finalität" (Anm.120). Dicke versucht mit einem Beispiel die objektive Finalität eines Verhaltens zu verdeutlichen (Anm.121): Ein Bauarbeiter wirft, obwohl ihm die Sicht versperrt ist, Ziegelsteine vom Dach auf die Strasse, wo sich Menschen aufhalten. Obwohl es bei diesem fahrlässigen Handeln "an der subjektiven Zweckbestimmung fehlt", lasse sich dennoch "leicht zeigen, daß auch diese Handlung eine objektive Tendenz hat und insoweit final ist". Ein Beobachter könne den "möglichen Kausalverlauf" (daß die Ziegelsteine die Passanten treffen) weiterdenken und dadurch imstande sein, über die abstrakte Gefährdung zu urteilen.

Ohne sich dessen bewußt zu werden, hat nun aber Dicke mit seinem Beispiel gerade das Gegenteil dessen erreicht, was er erreichen wollte. Er hat nämlich nur gezeigt, daß es konkret gefährlich ist, Ziegel vom Dach eines Hauses in eine Menschenmenge zu werfen. Um die abstrakte Gefährlichkeit des Ziegelwerfens darzutun, darf man nicht darauf abstellen, ob Menschen in der Nähe sind, die getroffen werden könnten oder nicht. Soll es für die Gefährlichkeit des Ziegelwerfens auf das Vorhandensein einer Menschenmenge nicht ankommen, werden andere Faktoren beim Handeln relevant, die das Verhalten abstrakt gefährlich erscheinen lassen, in erster Linie die Unachtsamkeit des Arbeiters, die darin besteht, sich nicht vorher zu vergewissern, daß niemand in der Nähe des Hauses steht und verletzt werden kann. Hat der Arbeiter vorher nachgesehen, ob er die Ziegel risikolos vom Dach werfen kann, ist sein Handeln ungefährlich. Macht aber erst die fehlende Sorgfalt das Verhalten zu einem abstrakt gefährlichen, kann nicht mehr die Rede davon sein, daß sich die Gefährlichkeit aus der objektiven Finalität des Handelns ergäbe. Die Finalität der Handlung

119. So der Titel der Untersuchung "Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung", insbesondere (zum Versuch) S.111 ff.
120. JuS 68/157 ff mit Hinweis auf den bereits von Beling gebrauchten Begriff (Lehre vom Verbrechen S.142 ff)
121. aaO. S.160

ist vielmehr von subjektiven Handlungselementen abhängig, die somit nicht erst in der Schuld ihren Platz finden können.

Davon abgesehen führt das Abstellen auf die abstrakte Gefährdung - und das wird trotz der Bemerkungen von Zimmerl offenbar übersehen - zur Leugnung des Versuchsbegriffs überhaupt. Der Versuch kann nicht als abstraktes Gefährdungsdelikt erklärt werden (Anm.122), Versuch und abstraktes Gefährdungsdelikt sind vielmehr Gegensätze. Angenommen, das Gebot, wirf nicht unachtsam Ziegelsteine vom Hausdach! sei als abstraktes Gefährdungsdelikt gesetzlich normiert worden und weiterhin angenommen, ein Bauarbeiter handele vorsätzlich gegen dieses Gebot - ob er damit einen strafbaren Versuch begeht, läßt sich nicht sagen, denn das bloße Wissen und Wollen der abstrakten Gefährdung bedeutet noch nicht, daß der Arbeiter auch einen über die Gefährdung hinausgehenden deliktischen Erfolg herbeiführen wollte. Gerade weil nur eine abstrakte Gefährdung tatbestandsmäßig wäre, bliebe völlig offen, ob der Ziegelwurf objektiv auf eine Körperverletzung oder eine Tötung oder sonst etwas hintendiert. Der eigentliche Gehalt der Tat könnte mit der Feststellung der abstrakten Gefährlichkeit überhaupt nicht erfaßt werden.

Natürlich mag der " Arbeiter, der die Ziegel werfen will" ... in Unkenntnis des Vorhandenseins eines Objekts .... seine Handlung als gefährlich erkennen. Denn es besteht die Möglichkeit, daß Menschen auf der Straße stehen- und bei der Vorsatztat wird mit dieser Möglichkeit gerechnet" (Anm.123).Natürlich hat "das hier abstrakt gefährliche Verhalten.... also schon insoweit eine objektive Tendenz, als die Möglichkeit des Erfolgseintritts besteht " (Anm.124). Doch darauf kommt es nicht an und dieses ob-

122. So aber Dicke aaO. S. 161

123. aaO. S. 160

124. aaO.S.160. Dicke spricht von der " Möglichkeit des Erfolgseintritts" . Der Erfolgseintritt ist jedoch allenfalls insoweit bestimmt, als er darin besteht, daß ein Mensch getroffen wird. Das Treffen ist aber als solches überhaupt kein strafrechtlich relevanter Erfolg - das wäre erst die Körperverletzung oder die Tötung als tatbestandlicher Erfolg. Es kommt also alles darauf an, " was" der Treffer ist - und insoweit hat das Ziegelwerfen keine eindeutig objektive Tendenz. Hätte Dicke gesagt, es besteht die Möglichkeit eines Erfolgseintritts, wäre ihm die Schwäche seiner Argumentation wohl aufgefallen.

jektive Zweckmoment ermöglicht es uns keineswegs, "schon von einer Ausführungshandlung, dem Anfang der Ausführung und damit von einer Versuchshandlung zu sprechen" (Anm.125). Dicke hat nämlich völlig vergessen, danach zu fragen, was der Arbeiter eigentlich versucht hat. Seiner Ansicht nach hat er ein - nicht normiertes- abstraktes Gefährdungsdelikt vollendet, doch das ist mit einem Versuch nicht gleichbedeutend. Ein Versuch schlechthin ist nicht denkbar, Versucht werden kann nur etwas Bestimmtes. Der Versuch ist nur im Hinblick auf das angestrebte Ziel möglich. Dieses Ziel muß konkret sein. Wird, wie es Dicke vorschlägt, auf das objektive Vorhandensein oder die Tauglichkeit eines Tatobjekts verzichtet, (Anm.126) kann dieser objektive Sachverhalt nur durch eine auf ihn gerichtete ( wenn auch irrtümliche) Vorstellung ersetzt werden, damit der Versuch die erforderliche gegenständliche Bestimmung erhält.

Schließlich ist auch die Annahme unzutreffend, die objektive Finalität - sofern man sie anerkennt - sei notwendig mit der Tauglichkeit des Mittels identisch. Wenn der Täter seinem Opfer eine ganz lächerlich geringe Menge eines ohnehin wenig wirksamen Gifts in den Tee schüttet, mag man auch darin eine objektiv auf eine Tötung hinzielende Handlung sehen, denn die objektive Zielrichtung, ihre immanente Zweckhaftigkeit, oder wie man es sonst nennen möchte, kann sich wohl kaum mit dem Wahrscheinlichkeitsgrad , das gesteckte Ziel zu erreichen, verändern. Indessen scheint Dicke gerade das behaupten zu wollen, indem er den berüchtigten Ausdruck der " potentiellen Kausalität " in die Debatte wirft (Anm.127).

125. aaO. S. 161

126. aaO. S. 161

127. aaO. S. 161

Dagegen muß eingewandt werden, daß die Identifizierung von objektiver Tendenz und Tauglichkeit diesen Begriffen nicht gerecht wird, denn diese Identifizierung bedeutet nichts anderes, als daß ein Verhalten nur auf Erreichbares hinzielen könnte. Das ist aber bei der objektiven Finalität sowenig zutreffend wie bei der subjektiven; die objektive Finalität unterscheidet sich von der subjektiven Finalität nicht dadurch, daß sie einem Geschehen eine vollkommen andere Richtung gibt, als ihm nach den Intentionen des Täters eigen ist, sondern allein dadurch, daß sie diese Richtung von sich aus und ohne Rückgriff auf subjektive Vorstellungen erkennbar werden läßt. Wäre es anders, würde mit dem Begriff des "objektiven Zweckmoments" nur verschleiert, daß das dem Versuch wesentliche intentionale Element unbeachtet bleibt. In diesem Falle verstrickt sich jede Diskussion in die vollkommen unfruchtbare Problemstellung, ob es schlechthin taugliche oder untaugliche Körperverletzungs-, Tötungs-, Betrugs-, Diebstahlshandlungen usw. gibt. Stellt man so statt auf die Tendenz der Handlung auf deren Tauglichkeit an sich ab, ohne gleichzeitig auf die Beziehung der Handlung zu einem konkreten Angriffsobjekt abzustellen, läßt sich über die Handlung nichts mehr aussagen, was im Hinblick auf die Tatbestandlichkeit des Versuchs zu wissen erforderlich wäre.

Das alles ist Grund genug, um endlich die Vorstellung von wirklich "absolut untauglichen" Versuchen aufzugeben und die Gefährlichkeit einer Handlung aus deren abstrakter Struktur ohne Berücksichtigung ihrer konkreten Beziehung zu einem Angriffsobjekt feststellen zu wollen. Auf diesem Wege wird man mit Sicherheit nicht zum Ziele kommen. Im übrigen ermangelt das durch dieses Vorgehen erstrebte Ergebnis auch jeder inneren Begründung, denn warum der Versuch am fehlenden Objekt strafbar sein soll, der Versuch mit untauglichen Mitteln dagegen nicht, ist nicht recht einzusehen. Wenn ich Dicke recht verstanden habe, hält er den Schuß, der statt auf den Feind auf den berühmten Baumstamm abgegeben wurde, für strafwürdig und für nicht strafwürdig das Abdrücken des ungeladenen Gewehrs auf den tatsächlich in Reichweite stehenden Feind. Worin

hier noch ein Unterschied im materiellen Unwertgehalt zu sehen ist, bleibt dunkel.

Auch heute kommt man über die Alternative nicht hinweg, entweder die konkrete Gefahr für ein Angriffsobjekt zur Voraussetzung der Strafbarkeit des Versuchs zu machen oder auf diese konkrete Gefahr zu verzichten. Die Alternative heißt, wenn man sie überspitzt bezeichnet: Zufallshaftung oder Gesinnungsbestrafung: Zufallshaftung, weil die konkrete Gefährdung keineswegs notwendig von der verbrecherischen Energie des Täters abhängig ist, die strafrechtliche Verantwortlichkeit somit nicht vom Täter bestimmt werden kann (Anm.128) - Gesinnungsbestrafung, weil die Willensäußerung zwar zur Betätigung der verbrecherischen Einstellung erforderlich ist, für sich gesehen jedoch keine eigene, objektiv-tatbestandliche Bedeutung hat (Anm.129).

Die Argumente, die die objektive Versuchstheorie gegen die subjektive Versuchstheorie ins Feld führt, sind noch immer kurz gesagt, folgende (Anm.130):1.) Der Gefahrbegriff werde von der subjektiven Theorie zu Unrecht geleugnet, 2.) Der Umkehrschluß aus § 59 StGB funktioniere nur scheinbar. 3.) Der Versuch müßte nach der subjektiven Theorie wie das vollendete Delikt bestraft werden (Anm.131). 4.) Die mit der subjektiven Versuchstheorie verbundene Abkehr vom Tatprinzip zugunsten eines Täterstrafrechts gefährde die Rechtssicherheit und die Rechtsstaatlichkeit der Strafrechtspflege, wohingegen sie ein polizeistaatliches Präventivmaßnahmerecht begünstige.

128. Das gilt freilich nur in dem Sinn, daß der Täter in bestimmten Fällen aus Zufall ( von seiner Sicht aus gesehen) nicht haftet.

129. Vergl. Bockelmann" Studien zum Täterstrafrecht" I /41

130. Vergl. Spendel NJW 65/181 ff.

131. Vergl. hierzu Bröcker JZ 56/477 ff und Dreher JZ 56/682 ff



Alle diese Argumente lassen sich vom Standpunkt der subjektiven Theorie rasch entkräften, wenn man nicht die Grundlage der objektiven Theorie berücksichtigt: Der Gefahrbegriff wird inzwischen wohl nirgends mehr geleugnet; vielmehr wird er lediglich innerhalb der Versuchsdogmatik als irrelevant betrachtet und zwar entweder überhaupt oder aber jedenfalls im Hinblick auf das Angriffsobjekt, während die Vorstellung, daß durch einen Versuch die Rechtsordnung insgesamt gefährdet wird, durchaus noch lebendig ist (Anm.132). Auch der Umkehrschluß aus § 59 StGB wird keineswegs mehr wörtlich gezogen, sondern es wird mit dem § 59 StGB zugrundeliegenden Rechtsgedanke argumentiert (Anm.133). Daß die subjektive Theorie

132. Vergl. Maurach AT 3.Aufl. S. 430

133. Vergl. Sax JZ 64/241 ff, weiterhin Baumann NJW 62/16 und zu Dohna "Aufbau der Verbrechenslehre" 4.Aufl. S. 56. Sax vertritt die Meinung, die Angriffe gegen den Umkehrschluß beruhen auf einem Mißverständnis. Zunächst steht und falle die Argumentation der Gegner mit der Annahme, daß unter "Nichtzurechnung" in § 59 StGB die "Nichtzurechnung einer (tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen) Handlung als Straftat" zu verstehen ist (S.242), während es tatsächlich nur um die Frage der Nichtzurechnung zum Vorsatz gehe. Da die Nichtannahme vorhandener Tatbestandsmerkmale der einzige Grund für die Nichtzurechnung zum Vorsatz sei, könne durch die Umkehrung also ein apodiktisches Urteil erzielt werden. Da nun in § 59 StGB ein allgemeiner Rechtsgedanke des Inhalts enthalten sei, daß der böse Vorsatz Grund für die Bestrafung des Täters sei, könne der Satz "Wenn Nichtannahme vorhandener Tatumstände, dann keine verbrecherische Gesinnung" dem Satz "Wenn Nichtannahme nicht vorhandener Tatumstände, dann keine verbrecherische Gesinnung" gleichgestellt und allgemein gesagt werden: "Wenn Nichtannahme von Tatumständen, dann keine verbrecherische Gesinnung." Bei diesem apodiktischen Urteil sei die "Nichtannahme" einzige Bedingung für das Fehlen der verbrecherischen Gesinnung, mit der Folge, daß die Umkehrung des Satzes möglich ist.

Darüber, daß dieser Schluß als solcher korrekt ist, kann kein Zweifel bestehen. Umstritten ist allerdings gerade die Prämisse, daß § 59 StGB einen allgemeinen Rechtsgedanken enthält und daß die Umformung des ersten Satzes in dem Umkehrschluß berechtigt ist.

Zur Bedeutung des Umkehrschlusses treffend Bockelmann in Strafrechtliche Untersuchungen S.156 ff.

nicht gezwungen ist, die Erfolgsstrafe für jeden Versuch zu verhängen, zeigt sich bereits daran, daß auch sie zwischen unbeendetem und beendetem Versuch differenzieren kann (Anm.134), und schließlich ist die subjektive Theorie keineswegs gezwungen, von den Prinzipien des Tatstrafrechts abzugehen, wenngleich nicht zu leugnen ist, daß die subjektive Theorie eine gewisse Neigung vertritt, auf die Tätergefährlichkeit abzustellen (Anm.135). Zur Rechtssicherheit trägt die subjektive Theorie eher bei, da sie auf die - in den meisten Fällen sehr schwierige - Differenzierung zwischen Tauglichkeit und Gefährlichkeit nicht angewiesen ist.

Die objektive Theorie irrt also in der Annahme, daß man bereits gezwungen sei, den Gefahrbegriff in der Versuchsdogmatik zu verwenden, wenn man ihn nur anerkannt hat. Der Gefahrbegriff ist vielmehr nur eine Hilfe, auch dann noch einen Erfolgsunwert zu konstruieren, wenn ein solcher eigentlich nicht vorliegt; mit seiner Hilfe läßt sich die doppelspurige Struktur des Unrechts, des Nebeneinander von Erfolgs- und Handlungsunwert leugnen. Erst wenn bestritten wird, daß das Unrecht des Versuchs sich im Handlungsunwert erschöpft, daß überhaupt neben dem Erfolgsunwert ein Handlungsunwert anzuerkennen ist, rechtfertigt sich die Einführung des Gefahrbegriffs in die Versuchsdogmatik. Es ist demnach entscheidend, ob die ausschlaggebende Bedeutung des Handlungsunwerts beim Versuch mit guten Gründen zu leugnen ist. Dabei wird es darauf ankommen, wie die Bedeutung des Vorsatzes und damit das die Handlung, nicht aber das den Erfolg steuernden Verbrechenselementes für das Wesen des Versuchs einzuschätzen ist.

Bestimmt der Tatentschluß das äußerlich erkennbare Geschehen erst gegenständlich, kann der Vorsatz nicht lediglich als Begriff für

134. So der Vorschlag von Armin Kaufmann in ZStW 80/34ff (49).

135. Auch darüber eingehend unten S. 123 ff

die Zurechnung eines ( objektiven) Sachverhalts verwandt werden. Die berühmte Gegenüberstellung zu Dohna's (Anm.136) abwandelnd kann dann gesagt werden: Der Tatentschluß bezeichnet beim Versuch nicht (nur) (Anm.137) die Zurechnung des Objekts, sondern gleichzeitig das Objekt der Zurechnung.

Tatsächlich ist eine Handlung, der ein tatbestandsmäßiger Erfolg fehlt, unter dem Blickwinkel der Straftatbestände häufig mehrdeutig. Was alles in einem in die Luft abgegebenen Pistolenschuß liegen kann - vom (straflosen) versehentlichen Abdrücken einer entladenen geglaubten Pistole bis zum Mordversuch - ist von dem, der die Intentionen des Schützen nicht kennt, nicht zu beantworten. Wenn nun der Versuch mit dem Inhalt des Tatentschlusses steht und fällt, liegt die Annahme nahe, daß der Inhalt des Tatentschlusses, soweit er in die Tat umgesetzt worden ist und damit Handlungsunrecht geworden ist, auch für das im Versuch liegende Unrecht Bedeutung hat. Wäre der Vorsatz lediglich ratio cognoscendi nicht aber auch ratio essendi des Versuchsunrechts, hieße das nichts anderes, als daß das Gesetz zwar vom "Versuch" und damit von einem nur über den Vorsatz zu entschlüsselnden Phänomen spricht, in Wirklichkeit aber eine dem Wesen des Versuchs vollkommen widersprechende Vertatbestandlichung eines allgemein-en Gefährdungstatbestandes gemeint hat (Anm.138).

Diese Inkonsequenz wäre zudem nicht nur absonderlich sondern auch kaum praktisch durchführbar. Angenommen, es wäre, um bei dem eben genannten Beispiel zu bleiben, mit Blick auf den Tatentschluß der Pistolenschuß als Körperverletzungsversuch identifiziert worden, und es wäre tatsächlich das anvisierte Opfer gefährdet worden, so müßte, wenn der Vorsatz für das Unrecht des Versuchs ohne Bedeutung wäre, das Unrecht allein in der Gefährdung liegen. Die mühevollen Untersuchung, was überhaupt versucht worden ist (und ob ein Versuch vorliegt), würde bei der Unrechtsbetrachtung also

136. zu Dohna " Aufbau der Verbrechenslehre" S.21

137. Engisch in Festschrift für Rittler S. 173 ff.

138. Ebenso Bockelmann in Strafrechtliche Untersuchungen S.156: " ...die objektive Theorie möchte die Versuchsstrafdrohung so behandeln, als enthielte sie einen generellen Gefährdungstatbestand, der, ....., in Wirklichkeit einen Verzicht auf die Versuchsstrafe bedeute und eine einseitige Orientierung des Strafrechts am Erfolgswert voraussetzen würde."

keine Früchte tragen. Darin liegt die Absonderlichkeit der objektiven Versuchslehre. Ihre praktische Undurchführbarkeit (und damit verbunden auch ihre dogmatische Fragwürdigkeit) liegt aber darin, daß die rechtswidrige Gefährdung eine tatbestandslose wäre. Das zeigt sich dann, wenn die Gefährdung als solche nicht auch automatisch das gefährdete Rechtsgut bezeichnet. Im Beispielsfall mag der Pistolenschuß sowohl das Rechtsgut der Körperintegrität und Gesundheit als auch das des Lebens gefährdet haben. Auf welche Gefährdung soll es aber ankommen?

Darauf scheint nun die Antwort nahe zu liegen, es käme auf beide Gefährdungen an, auf die Verletzungs- wie auch die Tötungsgefahr. Erst bei Prüfung des Vorsatzes innerhalb der Schuld entscheide es sich, wegen welcher Gefährdung der Täter zu bestrafen sei. Diese Antwort ginge jedoch am wesentlichen Einwand gegen die objektive Theorie vorbei. Dieser besteht eben darin, daß die objektive Versuchstheorie entgegen ihren eigenen Schlagworten nicht immer in der Lage ist, die Unrechtsbestimmung im Hinblick auf einen bestimmten Tatbestand zu treffen. Innerhalb der Schuld würde nicht über die Zurechnung mehrerer tatbestandsmäßiger Unrechtssachverhalte entschieden, sondern die Schuld würde erst eine der als Unrecht ausgegebenen Gefährdungen zur tatbestandsmäßigen machen, denn daß etwa Körperverletzungsgefährdung oder Tötungsgefährdung nicht in eigenen Tatbeständen normiert sind, ist völlig zweifelsfrei. Da diese generellen Gefährdungstatbestände nicht existieren, müssen bereits bei der Rechtswidrigkeit die Würfel fallen, welche Gefährdung als die tatbestandsmäßige gelten soll. Diese Feststellung kann jedoch die objektive Versuchstheorie unter alleiniger Beachtung des äußeren Erscheinungsbildes des Geschehens nicht treffen. Zieht sie aber den Tatentschluß heran, bedient sie sich eines Elementes, das vielleicht den Gefährlichkeitsgrad der Versuchshandlung mitbestimmt, jedoch mit der Gefährdung selbst als Quasierfolg nichts zu tun hat.

So notwendig dieses Zurückgreifen auf den Tatentschluß auch für

die objektive Theorie ist - und es ist gleichgültig, ob sie formal den Vorsatz in der Schuld beläßt, der Sache nach aber doch den Vorsatz über die Tatbestandlichkeit der Gefährdung entscheiden läßt - so systemwidrig ist dieser Rückgriff. Die objektive Theorie muß sich daher ihrerseits die Frage gefallen lassen, ob die Propagierung eines objektiven Tatbestandes beim Versuch, der in einer Gefährdung besteht, nicht auf einer reinen Täuschung beruht und ob nicht beim Versuch nur der betätigte Tatentschluß Kern des Tatbestandes ist.

Eine ganze Reihe von Gesichtspunkten läßt also heute - trotz der Klärung, die der Adaequanzbegriff gebracht hat - die praktische Brauchbarkeit der objektiven Theorie als zweifelhaft erscheinen. In den zwanziger und dreißiger Jahren glaubte man indessen ohne größere Vorbehalte, daß es möglich sei, auf der Grundlage eines richtig, d.h. ex ante bestimmten Gefahrbegriffs eine objektive Versuchstheorie zu entwickeln, die in sich folgerichtig ist. Vor allem von Hippel hat diese Ansicht mit Nachdruck vertreten. (Anm. 139).

Zu gleicher Zeit war allerdings die Rechtsprechung des Reichsgerichts bereits so gefestigt, daß an eine Änderung nicht mehr zu denken war. Dabei spielte es keine Rolle, daß einige der ursprünglich vom Reichsgericht gebrauchten Argumente inzwischen als widerlegt gelten konnten. Diese bestanden im wesentlichen in der Aufdeckung und Ablehnung der Fehler, mit denen die Lösungen der früher herrschenden objektiven Versuchslehre behaftet waren. von Buri hatte wohl nachgewiesen, daß die fehlende Kausalität gerade Kennzeichen des Versuchs ist und daß fehlende Kausalität auch



nicht sinnvoll durch die Quasikausalität der Tauglichkeit ersetzt werden kann, wenn diese ex post festgestellt werden soll. An die Möglichkeit, an die Stelle der Verletzung die Gefährdung im richtig verstandenen Sinne zu setzen und darin das Wesen des Versuchs zu sehen, dachte er jedoch nicht. Nachdem dieser Einwand gegen die objektive Lehre zurückgewiesen werden konnte, blieb nur noch der Umkehrschluß aus § 59 StGB als schlagende Begründung (Anm.140) neben dem allgemeinen Appell an das Rechtsempfinden, dem jede Unterscheidung, die die objektive Theorie zu treffen gezwungen sei, zuwiderlaufe.

Inwieweit der Umkehrschluß aus § 59 StGB mit den Gesetzen der Logik zu vereinbaren ist, ist bereits mehrfach untersucht worden. Die Ergebnisse (Anm.141) dieser Untersuchungen sollen daher nicht nochmals wiederholt werden. Dazu besteht schon deshalb kein Anlaß, weil weder in der schweizerischen noch in der österreichischen Doktrin, zu deren Vergleich mit der deutschen Dogmatik die hier angestellten Erörterungen dienen sollen, der Umkehrschluß eine bedeutsame Rolle spielt. Wesentlicher als die logische und sachliche Berechtigung der Argumentation ist der Umstand, daß diese einen Rückschluß auf die tragenden Prinzipien strafrechtlicher Zurechnung und der zugrundeliegenden Unrechtsauffassungen kaum zuläßt. Zwar kann nach der Art des Irrtums die Gefährlichkeit des Täters und die von ihm ausgehende latente "Gefährdung" der Rechtsordnung abgeschätzt werden, etwa in der Weise, daß der nomologische im Gegensatz zum ontologischen Irrtum mehr Dummheit als Gefährlichkeit verrät (Anm. 142), doch liegt im Irrtum selbst kaum der Strafgrund des Versuchs. Diesen aufzuspüren ist der Umkehrschluß auch nicht gezogen worden, sondern es sollte mit seiner Hilfe derjenige, der einen bestimmten Versuch für strafwürdig befunden hatte, und damit gleichsam "A" gesagt hatte, gezwungen werden, "B" zu sagen und die Strafwürdigkeit eines jeden Versuchs (mit Ausnahme des abergläubischen) anzuerkennen, und zwar als logisch zwingend anzuerkennen. (Anm.143).

140. Vergl. dazu bereits oben S. 59 und Anm. 38. Das Reichsgericht hat diesen Umkehrschluß insbesondere in RG St 42/92 benutzt.

141. Für die Verwendbarkeit des Umkehrschlusses Sax vergl. Anm.133

142. Siehe oben S. 20 ff

143. Dafür, daß der subjektive Standpunkt in der Versuchsdogmatik der einzig logische sei, sprach sich namentlich Delaquis (Der untaugliche Versuch) S.172, 206 und Schuler (Der Mangel am Tatbestand) S.93 aus, mit der Konsequenz, daß auch der abergläubische Versuch für strafbar erklärt wurde. Diese Kon-

Das Fundament der subjektiven Versuchstheorie, das die Verbindung zur Unrechtslehre herstellt, ist paradoxerweise von denen gelegt worden, die die Strafrechtssystematik auf dem Gegensatz von objektiver Rechtswidrigkeit und subjektiver Schuld aufbauen wollten.

Die Lehre hat sich lange gegen den Einfluß der vom Reichsgericht vertretenen subjektiven Theorie gewehrt, doch hat sie interessanterweise zumeist nicht die Waffen ihrer Dogmatik ins Feld geführt, sondern sich auf eine Diskussion über die Strafwürdigkeit einzelner Fallgruppen eingelassen. Mit derartigen Argumentationen "vom Ergebnis her" war das Reichsgericht jedoch nicht zu beeindrucken - für heutige Rechtsüberzeugungen verständlich. Der geschärfte Blick für die täterpsychischen Ursachen des Verbrechenens hat nur noch die Bereitschaft übrig gelassen, den abergläubischen Versuch ohne Sanktion hinzunehmen. (Anm.144) Daß die Lehre so wenig aus ihrer dogmatischen Position heraus gegen die Rechtsprechung gekämpft hat, ist mit dem Unbehagen zu erklären, daß die Selbstbindung der Lehre an ein objektives Verständnis der Rechtswidrigkeit bei der Behandlung des Versuchs mit sich bringen mußte. Zwar hatte man die Willentlichkeit des Verhaltens als für die weitere Untersuchung der Strafbarkeit durchaus entscheidende Vorfrage betont (Anm.145), doch war die "natürliche" Handlung kein eigentliches Verbrochenselement, welches der Wertung diene oder zur Wertung

sequenz zogen weder von Buri GS 19/63, GS 20/330, GS 32/369, GS 40/529, ZStW 1/205 noch das Reichsgericht (RGSt 33/321). Immerhin sollte selbst nach Delaquis ein Geständnis dann nicht zur Strafbarkeit führen, wenn eine Objektivierung des abergläubischen Versuchs zu verneinen war.

144. Vergl. RGSt 33/321. Es handelte sich um ein Tötungs-"versuch" durch Teufelsbeschwörungen. Interessanterweise stützte das RG seine Entscheidung auf das Argument, es habe nicht nur kein taugliches sondern überhaupt kein Mittel vorgelegen, ohne zu bemerken, daß es die Unterscheidung eben doch im Hinblick auf die Tauglichkeit getroffen hatte.

145. Vergl. Beling "Lehre vom Verbrechen" S.11, Liszt LB 2.Aufl. S.105; eingehend seinerzeit Radbruch "Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem". Ein Überblick über die Entwicklung des strafrechtlichen Handlungsbegriffes findet sich bei Michaelowa "Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung" S.31 ff.

herangezogen wurde, sondern sie stand außerhalb und konnte schon deshalb nicht als "Objekt der Wertung" (Anm.146) herhalten, weil diese Aufgabe zu übernehmen gerade die Tatbestandsmäßigkeit entwickelt worden war (Anm.147).

Die herrschende Lehre sah sich damit der Möglichkeit beraubt, den Entschluß im Verbrechensaufbau des Versuchs unterzubringen (Anm. 148). Man konnte zwar leugnen, daß der Entschluß Kern der Rechtswidrigkeit sei und darauf bestehen, daß die Rechtswidrigkeit nur in der objektiven Beziehung eines Verhaltens zu einem durch ein Angriffsobjekt verkörperten Rechtsgut zu entdecken sei; den Inhalt des Verbrechensentschlusses unberücksichtigt lassen, konnte man jedoch trotzdem nicht.

Zwar hat es bis in jüngster Zeit Versuche gegeben, die objektive Gerichtetheit aus einer Handlung ohne Berücksichtigung der in ihr enthaltenen Vorstellungen herauszulesen (Anm.149), doch wird in aller Regel weder der tatbestandliche Charakter noch die Gefährlichkeit eines Tuns oder gar Unterlassens ohne Rückgriff auf den Vorsatz bestimmt werden können, wenn kein tatbestandlicher Erfolg eingetreten ist (Anm. 150). Muß aber der Vorsatz zur Klärung bei

146. So zutreffend Maurach AT § 16 II B 1 (S.173).

147. Vergl. Beling " Lehre vom Tatbestand " . Daß gleichwohl die Verbrechenslehre Beling's innerlich von dem naturalistischen Handlungsbegriff von Liszt's abhängig ist, betont Maurach AT § 16 I B (S.166) zu Recht.

148. Inzwischen haben allerdings auch Nichtfinalisten, ohne sich zur Notwendigkeit einer ontologischen Verankerung der Unrechtslehre zu bekennen, den Vorsatz als Unrechtsmerkmal des Versuchs klassifiziert. Vergl. Gallas ZStW 67/39, Jescheck LB S. 213.

149. Insbesondere Oehler "Das objektive Zweckmoment...." Vergl. hierzu oben S.5

150. So richtig Krauß ZStW 76/23 ff unter Hinweis auf Engisch Festschrift für Rittler S. 178.

"objektiver" Betrachtung mehrdeutiger Sachverhalte herangezogen werden, stellt sich die Frage, wie der Vorsatz die Sphäre der Rechtswidrigkeit berühren kann, ohne deren Element zu sein.

#### IV. Die Epoche der sogenannten teleologischen Rechtsfindung

##### 1. Die subjektiven Unrechtselemente

Auch ein objektives Strafrechtssystem kommt ohne personale Elemente des Unrechts nicht aus. Liegt der Rechtsgutsbegriff der Unrechtsvorstellung zugrunde, kann das personale Element nur in einer Beziehung zu dem Rechtsgut bestehen, und zwar entweder der Beziehung des Verletzten zum Rechtsgut oder in der Beziehung des Täters zum Rechtsgut. Die Beziehung des Verletzten zum Rechtsgut ist das Interesse, die Beziehung des Täters zum Rechtsgut drückt sich in seinen die Tat begleitenden und diese leitenden Vorstellungen aus, in erster Linie also in seinen Absichten, im Vorsatz und gegebenenfalls in der mangelhaften Sorgfalt.

Das Problem steckt in der Frage, wann die Beziehungen des Täters zum Rechtsgut relevant werden - die Beziehung des Verletzten zur Tat ist, wie im Vorhergehenden dargelegt wurde, nach den Vorstellungen der objektiven Verbrechenslehre immer erheblich. Einen Anhaltspunkt bei der Beantwortung dieser Frage geben die gesetzlichen Tatbestände, deren Untersuchung subjektive Merkmale erkennen läßt. Die Entdeckung subjektiver Unrechtselemente lag gleichsam in der Luft (Anm.151) nachdem man sich der Analyse der einzelnen Gesetze zugewandt hatte. Ihre Systematisierung folgte (Anm. 152).

151. M.E.Mayer AT S.185 , Hegler ZStW 36/19 ff. Vergl. auch H.A. Fischer "Die Rechtswidrigkeit unter besonderer Berücksichtigung des Privatrechts".
152. Mezger GS 89/207, Sieverts " Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen " , vergl. weiterhin von Liszt-Schmidt 26.Aufl. S.184, Engisch Vorsatz und Fahrlässigkeit S.62 ff, von Hippel II/188, Radbruch in Festgabe für Frank I S.163 ff, 170, Grünhut ZStW 50/286 ff sowie zu Dohna und Grünhut ZStW 52/96 ff und 117 ff.

Daß die Existenz subjektiver Unrechtselemente sich aus der subjektiven Versuchslehre ergibt, erkannte Mezger an( GS 89/266).

Mit logischer Notwendigkeit konnte die Existenz subjektiver Unrechtfertigungselemente aus der Fassung der Gesetze allerdings nicht geschlossen werden. Denkbar waren auch andere Lösungen, wie sie etwa von Beling empfohlen wurden (Anm.153). Jede Theorie, die einer rein objektiv verstandenen Rechtswidrigkeit einen subjektiven Bereich der Schuld gegenüberstellen wollte und in dieses Schema die Merkmale des Verbrechens je nach ihrer objektiven oder subjektiven Eigenart einordnete, mußte davon ausgehen, daß dem Rechtsgut seine Verletzung abzulesen ist, ohne daß es der weiteren Prüfung bedarf, welche subjektiven Elemente in der Tat enthalten sind. Das Rechtsgut wurde mit anderen Worten ausschließlich als etwas der Sphäre des "Rechtsgutsträgers" Zugehöriges betrachtet.

Daran ist zwar richtig, daß das Rechtsgut nur in der Beziehung zwischen dem Verletzten und dem Rechtsgut, dem Interesse, verletzt werden kann, doch ist damit nicht die weitere Frage beantwortet, ob die Verletzbarkeit des Interesses nicht von der Art des Angriffs abhängt, dem das Interesse ausgesetzt ist.

Beispielsweise wird man davon auszugehen haben, daß das rechtlich geschützte Interesse einer Frau an der Achtung ihrer Geschlechts-  
ehre nicht soweit reicht, daß jegliche Berührung bestimmter Körperstellen schlechthin zu unterbleiben hätte, sondern nur soweit, daß derartige Berührungen in unzüchtiger Absicht unterbleiben. Hängt aber die Verletzung des rechtlich geschützten Interesses von subjektiven, beim Täter vorliegenden Merkmalen ab, müssen diese

153. Beling schlug eine Trennung von Deliktstypus und gesetzlichem Tatbestand vor ("Lehre vom Tatbestand" S.1) Zum Deliktstypus zählte er auch subjektive Elemente, nicht dagegen zum Tatbestand. Dieser sollte als ein aus dem Deliktstypus abstrahiertes und diesem vorgelagertes "Leitbild" begriffen werden. Nach Beling hatte diese Trennung zur Folge, daß "die Erkenntnis dieses Leitbildes ..... offenbar aus der objektiven Seite erwächst (aaO. S.11). Würden subjektive Elemente in dem Tatbestand aufgenommen, könnte dieser nicht mehr Leitbild sein; der Vorsatz müßte sich auf die Schuld konstituierendes Element beziehen (aaO. S. 12).



Merkmale dann Elemente der Rechtswidrigkeit sein, wenn die Interessenverletzung Kern des Unrechts ist. Unter dieser Voraussetzung besteht die Möglichkeit, eine objektive Interessenverletzung anzunehmen und nur ihre Zurechnung als schuldhaft abzulehnen, nicht mehr.

Wie ist der Einfluß subjektiver Verbrechenselemente auf die Rechtswidrigkeit zu erklären? Wesentlich ist offenbar, daß das Interesse und - soweit es im Interesse verletzbar ist - das Rechtsgut selbst kein Begriff ist, der nur einen objektiven Sachverhalt umschreibt. Umschrieben wird vielmehr ein personales Verhältnis zwischen Angegriffenem und Rechtsgut. Dadurch wird bereits vom Begriff des Interesses eine personale Unrechtsauffassung nahegelegt.

Entscheidend aber ist, daß das Gesetz kein Interesse schlechthin schützt, sondern den Schutz abhängig macht von bestimmten Attributen des Angriffs, die diesem nur beigegeben werden können, wenn man den Angriff aus der Perspektive des Täters aus betrachtet.

So besteht ein Schutz von vornherein (Anm.154) nur gegen nichtgerechtfertigte Angriffe, und ebenso werden bestimmte Interessen nicht generell geschützt, sondern nur gegen Angriffe, in denen eine bestimmte subjektive Beziehung des Täters zu dem angegriffenen Rechtsgut zum Ausdruck kommt. Die personale Seite der Rechtsgutsverletzung gehört nicht ausschließlich der Sphäre des Angegriffenen an, sondern ebenso der des Angreifers. Um ein Urteil über die Rechtsgutsverletzung abzugeben, hat man mithin einen doppelten

154. So jedenfalls die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen. Zuerst: Baumgarten "Der Aufbau der Verbrechenslehre" S. 217 ff. Neuerdings Engisch Festschrift für den deutschen Juristentag I / 401, Lang-Hinrichsen JR 53/309, JZ 54/363, Arthur Kaufmann JZ 56/353 ff, 393 ff, Roxin "Offene Tatbestände und Rechtspflichtmerkmale" / 43, 173, Schönke-Schröder RandNr. 6 vor § 1 StGB.

Dagegen Gallas ZStW 67/19, Miersch "Die Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen", Jescheck LB S.171, 304, Welzel LII S. 80.

Standpunkt einzunehmen und die Verletzung des Interesses sowohl im Verhältnis des Täters zum Rechtsgut als auch in dem des Opfers zu untersuchen.

Unter Zugrundelegung einer derartigen Unrechtsvorstellung lassen sich auch objektive Unrechtselemente, wie sie etwa die Absichts- und Tendenzdelikte enthalten, in die Verbrechenssystematik unterbringen. Nicht anderes gilt für den Entschluß beim Versuch.

Geht man davon aus, daß bereits im Versuch eine Interessenverletzung liegt, da ein Versuch die Änderung rechtsgutsgemäßer Zustände in Zukunft befürchten läßt, fragt sich, ob dem Gesetz Anhaltspunkte zu entnehmen sind, die darauf hindeuten, daß ein Interesse am Unterbleiben von Versuchen nur dann als berechtigt anzusehen ist, wenn der Versuch vorsätzlich unternommen wird. Die Tatsache allein, daß der fahrlässige Versuch vom geltenden Recht nicht unter Strafe gestellt ist, wird als solcher Anhaltspunkt nicht ausreichen. Daß nur die vorsätzliche Begehungsweise eines Delikts für strafwürdig befunden worden ist, beweist nämlich nicht die Zugehörigkeit des Vorsatzes zur Rechtswidrigkeit; aus dem Umstand, daß die fahrlässige Sachbeschädigung nicht bestraft wird, kann eine Aussage über die Unrechtsqualität des Vorsatzes nicht abgeleitet werden. Sieht man das geschützte Interesse gegen den Deliktsversuch nur als gegen eine Gefährdung gerichtet, an - und dahin ging die Tendenz der objektiven Versuchstheorie - kommt es offenbar darauf an, ob diese Gefährdung ohne Berücksichtigung des Tatentschlusses "objektiv" ermittelt werden kann. Wäre das der Fall, könnte der Entschluß als Vorsatz auf eine Zurechnungsfunktion beschränkt und der Schuld zugeordnet werden (Anm.155), ohne daß er im Unrechtstatbestand erscheint.

155. Für eine Ablösung des Versuchs als Fremdkörper im Strafrechtssystem durch objektiv gefaßte Gefährdungsdelikte nachdrücklich Zimmerl "Aufbau des Verbrechenssystems" S.128,138, der demgemäß auch für die Anerkennung eines fahrlässigen Versuchs eintrat ("Lehre vom Tatbestand" S.50 ff).

Die in einem Verhalten liegende Gefährdung ist jedoch ohne Rückgriff auf die dem Verhalten zugrundeliegenden Vorstellungen des Täters nicht in jedem Fall festzustellen. Häufig bleibt die Gefährdung solange unbemerkt, als man der Absichten des Täters hinter einem äußerlich unverfänglichen Geschehen nicht gewahr geworden ist. Hantiert in einer Kaserne ein Soldat mit einem scharf geladenen Gewehr, mag darin jedenfalls ein gefährliches Verhalten liegen. Die Gefahr für Leben und Gesundheit eines diesem Soldaten gegenüberstehenden Kameraden ist jedoch ganz gering, wenn der Soldat weiß, daß das Gewehr geladen ist und entsprechend sachgemäß und vorsichtig mit dem Gewehr umgeht, während die Gefahr außerordentlich groß ist, wenn der Soldat das Gewehr in die Hand genommen hat, um einen Kameraden zu töten. Das Abstellen auf die Vorstellungen des Täters, um das Maß und die Höhe der Gefahr abzuschätzen ist im Zusammenhang mit der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ganz geläufig (Anm.156).

Wenn man den Kern des Unrechts beim Versuch in der Gefährdung eines Rechtsguts sieht, kann der Tatentschluß jedoch nicht nur bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch eine Rolle spielen, sondern er hat ganz allgemein Bedeutung für die Feststellung der Gefährdung. Der Entschluß ist in einer ansonsten objektiven Verbrechenssystematik gleichsam das subjektive Unrechtselement innerhalb der Gefährdung. Sofern von einem "subjektiven" Gefahrbegriff gesprochen wurde (Anm.157), sollte damit ausgedrückt werden, daß der Gefahrbegriff "ein Kind unserer Unwissenheit" ist. (Anm.158) Dies war zwar wichtig, doch verband sich mit dem Ausdruck die Vorstellung, ein Urteil über das Vorliegen der Gefahr sei ein individuelles, fast unverbindliches. Diese Vorstel-

156. Vergl. z.B. Schöne-Schröder § 43 RandNr. 10, 11 mit weiteren Hinweisen auf Literatur und Rechtsprechung.
157. Davon, daß das Urteil über die Gefahr ein "subjektives" Urteil sei, das aus der Unkenntnis des Zusammenhanges gebildet wird, sprach u.a. Baumgarten "Lehre vom Versuch der Verbrechen" S.419, ferner vor allem von Buri GS 32/348, GS 40/540, Finger "Der Begriff der Gefahr in seiner Anwendung im Strafrecht" S. 20 ff.
158. Der Ausdruck findet sich bei Liepmann ZStW 22/96.

lung war unzutreffend, denn ein derartiges Urteil ist ein allgemeines und insofern objektiviertes. Subjektiv ist es allerdings insofern, als sich die Gefahr in einer Situation häufig nicht objektiv in dem Sinn darstellt, daß sie von jedermann erkannt werden könnte. Für eine Unterscheidung zwischen einer für jedermann erkennbaren Gefährdung und einer gleichsam verborgenen, welche für die Rechtswidrigkeit Bedeutung gewinnt, liegt aber kein Anlaß vor, denn es gibt keinen Hinweis dafür, daß das Gesetz ein Interesse nur vor einer offenbaren Gefährdung schützen will.

Die Einbeziehung subjektiver Unrechtselemente, insbesondere die Einbeziehung des Tatentschlusses beim Vorsatz in ein auf dem Rechtsgut als Zentralbegriff der Unrechtslehre basierenden und damit in erster Linie objektiv wertenden dogmatischen System ist demnach denkbar. Voraussetzung dafür ist schlagwortartig zusammengefaßt die Herstellung eines personalen Bezugs zum Rechtsgut auf Seiten des Angegriffenen in Gestalt des Interesses und damit korrespondierend ein personaler Bezug zum Rechtsgut auf Seiten des Täters. Beide Voraussetzungen ergeben sich zwangsläufig: Der Interessenbegriff macht den Rechtsgutsbegriff nutzbar, indem er das konkrete Verbrechenobjekt bezeichnet, die Berücksichtigung des "wie" der Tat ergibt sich aus dem Inhalt des jeweiligen Interesses.

Alle diese Folgerungen hängen jedoch von einer Prämisse ab. Diese besteht darin, daß das Rechtsgut für das Urteil über die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens direkt Bedeutung hat und daß den einzelnen Rechtsgütern nicht in Gestalt der "Rechtsordnung" ein ungeschriebenes Superrechtsgut vorgelagert wird. Zu beidem bestand jedoch nach der Epoche des Positivismus wenig Neigung.

## 2. Das Rechtsgut als teleologischer Begriff

Der substantielle Gehalt eines Rechtsguts liegt in der Zurechnung bestimmter Güter. Dem Recht gemäß ist die "richtige" Verteilung der Güter; die Störung dieses durch die richtige Verteilung der

Güter erreichten Gleichgewichts wird mit der Strafe geahndet. Welches aber ist die "richtige" Verteilung der Rechtsgüter und inwieweit besteht eine Abhängigkeit des Inhalts eines Rechtsguts von dessen Platz in dem idealen Verteilungsplan der Güter?

Diese Frage ist in der Epoche des Positivismus ebensowenig beantwortet worden wie die nach der materiellen Rechtswidrigkeit. Eine Antwort war geradezu ausgeschlossen, weil die Überzeugung herrschte, daß alle notwendigen Wertungen dem Gesetz direkt zu entnehmen seien. Das Gesetz jedoch gab keine Auskunft, nach welchem Gesichtspunkt die Rechtsgüter den Rechtsgutsträgern zuzuordnen waren, sondern setzte mit seinen Regelungen erst ein, nachdem die Verteilung selbst bereits abgeschlossen war, oder zumindest abgeschlossen schien. Die Folge davon war, daß die auf dem Rechtsgutsbegriff aufbauende Dogmatik die Vorstellungen übernehmen mußte, die sich im Laufe der Geschichte gebildet hatten, ohne dazu legitimiert zu sein, sie auf eine fortdauernde Gültigkeit im Hinblick auf neue Leitideen zu überprüfen. Der Positivismus hatte -politisch beleuchtet- eine konservative Tendenz, die sich dadurch noch verstärkte, als eine liberale Grundhaltung auch versteckt auf die Unrechtsvorstellung rückwirkende Wertungen ausschloß.

Stimmt man damit überein, daß das Rechtsgut nur in seiner Beziehung zum Rechtsgutsträger verletzbar ist, kann man die Auswirkungen der liberalen Einstellung dem Recht gegenüber deutlich verfolgen: Sie bestanden in der Unterordnung autonomer mit der Rechtspflege verfolgter Ziele der Gesellschaft unter den individuellen Interessenschutz, der um seiner selbst willen gewährt wird. Die Fernwirkung der Lehre vom Verbrechen als Verletzung eines subjektiven Rechts ist unverkennbar. Der Grundsatz, daß die Strafrechtspflege in erster Linie den Angriff auf Rechtsgüter bestimmter Rechtssubjekte zu verhindern bzw. ahnden habe, mußte bei konsequenter Durchführung in der Unrechtslehre die Folge haben, daß die Rechtswidrigkeit eines V-erhaltens von dem tatsächlichen



Bestehen des Interesses im konkreten Fall abhängig war, ganz unabhängig davon, welche Vorstellungen sich der Täter vom Bestehen des Interesses gemacht hatte. Verletzte der Täter sein Opfer ohne zu wissen oder zu unterstellen, daß dieses mit der Verletzung einverstanden war, (Anm.159) wäre sein Verhalten nicht rechtswidrig, und in der Vergewaltigung einer - für den Täter als solche unerkannten - Prostituierten läge nur noch das Unrecht der Gewaltanwendung nicht aber auch die Verletzung der Geschlechts-ehre, da die Frau auf diese durch ihren Lebenswandel verzichtet hätte. Auch ein Versuch der Körperverletzung läge im erstgenannten Fall nicht vor (Anm.160), denn solange die Rechtswidrigkeit des Versuchs im Angriff auf ein tatsächlich bestimmtes Interesse gesehen wird, kann dessen Fehlen nicht durch die Einbildung des Täters ersetzt werden.

Damit erhebt zwar, erstem Anschein widersprechend, nicht nochmals die Lehre vom Mangel am Tatbestand ihr Haupt, denn wann ein Interesse als Objekt des Verbrechens fehlt, hängt hiernach nicht von der Fassung des gesetzlichen Tatbestandes ab, sondern von der Disposition des Täters, doch bleibt das Bedürfnis der Gesellschaft unbefriedigt, gegen denjenigen vorzugehen, das heißt gegen denjenigen Maßnahmen zu ergreifen oder denjenigen zu bestrafen, der seine verbrecherische Energie durch eine entsprechende Betätigung deutlich hat erkennbar werden lassen. Das personale Element auf Seiten des Verbrechers, welches auf der Grundlage des Rechtsgutsbegriffs nur als subjektives Rechtswidrigkeitsmerkmal aus dem jeweiligen Inhalt des Interesses zu entwickeln war und daher stets

159. Man könnte etwa daran denken, daß der Verletzte abartig veranlagt war und durch die ihm zugefügten Schmerzen sexuell erregt zu werden hoffte.

160. Die Tatsache, daß in diesen Fällen allgemein untauglicher Versuch angenommen und Wahnverbrechen verneint wird, (vergl. Maurach AT § 41 III C 1 und Jescheck LB S. 353) zeigt, daß eine derartige Abhängigkeit der Norm von der Existenz eines konkreten Interesses nicht ernstlich in Erwägung gezogen wird.

auf das Interesse bezogen blieb, verlangte für sich offenbar eine vom Inhalt und Bestehen des Interesses unabhängige Beachtung.

Wie das Bedürfnis der Gesellschaft, sich dem Täter zuzuwenden, zu befriedigen war, ist bereits stichwortartig angedeutet worden : Durch die Umdeutung des Rechtsgutsbegriffs in einen methodologischen Begriff sowie durch Schaffung eines Superrechtsguts in Gestalt der Rechtsordnung.

Den ersten Schritt vollzog Schwinge (Anm.161). Statt als "Aussage über das Substrat der Verbrechen" wurde das Rechtsgut von ihm als " Hinweis auf die Methode der strafrechtlichen Auslegung und Begriffsbildung" verstanden (Anm.162). Davon, daß die Rechtsgutsverletzungslehre " nichts anderes als das Korrelat des Kausaldogmas auf dem Gebiet der Rechtswidrigkeit" (Anm.163) war, konnte nun nicht mehr die Rede sein, denn - wie Gallas zutreffend bemerkte - kann ein Auslegungsprinzip nicht verletzt werden (Anm.164): " Die Frage nach dem geschützten Rechtsgut wurde jetzt entgültig als gleichbedeutend mit der Frage nach dem Zweck der Vorschriften des StGB erkannt " (Anm.165).

Auf diese Weise wurde die Verbindung zwischen dem Rechtsgutsbegriff und dem konkreten Objekt strafbarer Handlungen zerstört und der Rechtsgutsbegriff in den Bereich blasser Abstraktionen verlagert. Seine Bedeutung erschöpfte sich im Ausdruck der gesetzgeberischen Richtlinien bei der Auslegung der Tatbestände, sein substantieller Gehalt hatte sich verflüchtigt.

161. Schwinge "Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht" S.31ff

162. Schwinge-Zimmerl "Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken " S.64.

163. Welzel ZStW58/491 ff, 511 Anm.30, ebenso H.Mayer Lehrbuch 1.Aufl. S.163 ff.

164. Gallas in Festschrift für Gleispach S. 50ff , 57.

165. Schwinge-Zimmerl "Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken" S.62.

Das bot die Möglichkeit, auch ein subjektives Strafrechtssystem zu entwerfen, das mit dem Rechtsgutsbegriff zu vereinbaren gewesen wäre, denn " auch im subjektiven System bestimmt die Rechtsgüterverletzung das Unrecht, nur nicht in ihrer objektiven Erscheinung, sondern in ihrer subjektiven Widerspiegelung"(Anm.166).

Offen blieb allerdings, wie die Rechtswidrigkeit einer konkreten Tat zu beurteilen war. Nachdem mit dem Rechtsgutsbegriff gleichsam die Seele des Unrechts in höhere Sphären entschwunden war, blieb nichts als das formale Gerüst des dogmatischen Verbrechensaufbaus, in welches die Wertvorstellungen bestimmter Ideologien umso unbehinderter eindringen konnten. Als Auslegungsprinzip konnte der Rechtsgutsbegriff zwar auf die Bewertungen und Regelungen durch die Gesetze Einfluß nehmen, doch konnte er nicht den Kern der Rechtswidrigkeit selbst bezeichnen. Das Unrecht war nicht mehr Rechtsgutsverletzung.

An die dadurch frei gewordene Stelle mußte ein Ersatz treten. Geeignet war dazu einmal ein Komplementärbegriff zum Rechtsgut, etwa in Gestalt der Pflichtwidrigkeit oder aber der "Angriff auf die Rechtsordnung", der jedem Verbrechen zugrunde liegt und dessen Schwere teleologisch im Hinblick auf bestimmte Rechtsgüter festzustellen ist.

166. Schwinge-Zimmerl " Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken" S. 40, 41. Die Verfasser lehnten ein subjektives System zwar wegen der ihrer Ansicht nach sich notwendig einstellenden untragbaren Konsequenzen ab (Angeblich Strafbarkeit des Anstifters, der bewußt zu einem untauglichen Versuch anstiftet. Gestattung der Abwehr eines untauglichen Versuchs und Verbot der Abwehr eines schuldlosen Versuchs -S. 38, 42), hielten ein solches System jedoch für "logisch möglich". Inwieweit die erwähnten Konsequenzen tatsächlich zutreffen und ob sie gegebenenfalls unerträglich sind, soll hier nicht untersucht werden. Bemerkt wurde allerdings bereits damals, daß "die Bedeutung des Erfolgsintritts bei den fahrlässigen Straftaten .... ohne den Begriff des Unrechts im herkömmlichen Sinn überhaupt nicht erfaßbar" ist (S.44).

Den Kern der in einem Verbrechen liegenden Rechtswidrigkeit im Angriff auf die Rechtsordnung und deren Gefährdung zu sehen, war nicht neu. Bereits in der vorpositivistischen Epoche waren Deutungsversuche in dieser Richtung unternommen worden (Anm.167). Dabei war das Problem nicht eigentlich gelöst worden, auf welche Weise die Rechtsordnung zwar gefährdet, nicht aber verletzt werden kann. Um dieses Problem zu lösen, bedurfte es einer eingehenden Untersuchung der Rechtsordnung in ihrer Wertseite und in ihrer Wirklichkeitsseite. Diese Untersuchung unternahm im Hinblick auf die Rechtswidrigkeit des Versuchs von Gemmingen (Anm.168).

Ausgangspunkt seiner Überlegungen war in bewußtem Anschluß an den südwestdeutschen Neukantianismus (Anm.169) die "dualistische Auffassung von der Eigenschaft des Rechts als Sinn und als Sein" (Anm.170). " Soweit das Recht nur von seiner normativen Bedeutungsseite aus betrachtet wird," so lehrte er, " kann das Rechtswidrige nur in einem Zurückbleiben menschlichen Verhaltens hinter rechtlichen Anforderungen bestehen." (Anm.171)"Das Recht ist von dieser Seite her unverletzbar." (Anm.172).

Wird aber die Wirklichkeitsseite des Rechts ins Auge gefaßt, "ist das rechtswidrige ... ein Angriff auf das dem Recht real zugeordnete ...." (Anm. 173). Das mögen bestimmte Zustände, Güter, Interessen

167. Vergl. oben S. 17 ff

168. von Gemmingen "Die Rechtswidrigkeit des Versuchs" (1932)

169. Den von Gemmingen als "Verklammerung " des Rechts" in der Wirklichkeit als Sinn" neben " der Verklammerung des Rechts in der Wertwelt als Sinnbedeutung " kennzeichnete, aaO S.19.

170. aaO.S.20.

171. Das Zurückbleiben hinter rechtlichen Anforderungen darf wohl kürzer mit Pflichtwidrigkeit bezeichnet werden.

172. aaO. S. 20

173. aaO. S. 20

etc. sein, deren reale Zuordnung zum Recht den einzelnen Tatbeständen zu entnehmen ist; soweit es sich um Rechtsgüter wie Eigentum, Ehre, Leben usw. handelt, entstehen keine Schwierigkeiten.

Alles kommt jedoch darauf an, auch der Rechtsordnung jenen realen, zuordnungsfähigen Kern abzugewinnen, der sie zum Angriffsobjekt macht. Bloß Summe von natürlichen Vorgängen und Erscheinungen kann die Rechtsordnung nicht sein, denn sie ist mehr als eine Sammelbezeichnung für das, was sich im Bereich der Gesellschaft ereignet - sie enthält ihrem Begriffe nach ein wertbehaftetes Element. Wird die Rechtsordnung neben der "Anforderungswidrigkeit" als "Substratwidrigkeit" verstanden, muß das Regelungssubstrat daher in der "kulturellen Wirklichkeit" liegen (Anm.174).

Dies könnte in der Tat einen Angriff auf die Rechtsordnung als denkbar erscheinen lassen, doch stellt sich sogleich die Frage, welche Rolle die "kulturelle Wirklichkeit" im Recht spielt und wie sich ein Angriff gegen sie konkret darstellen muß.

Leider verfolgte von Gemmingen diese Frage nicht, da er einen dritten Aspekt der Rechtswidrigkeit entwickeln zu können glaubte: den der "Geltungswidrigkeit": "Jeder Widerspruch des Pflichtsubjekts zu den Anforderungen, die die Rechtsordnung ihm stellt, hat die Tendenz, deren Geltungsmacht zu schwächen" (Anm. 175).

Akzeptiert man diese dritte Sorte Rechtswidrigkeit, ist freilich das real zuordnungsfähige Substrat der Rechtsordnung gefunden worden, das angegriffen werden kann. Selbst beim absolut untauglichen Versuch wäre ein Angriff, der die Wirklichkeitsseite des Rechts betrifft, denkbar. "Die Unbotmäßigkeit wirkt als solche häufig hinaus in die rechtlich bedeutsame Wirklichkeit. Sie fügt dem sozialpsychologischen Phänomen, auf dem die Rechtsgeltung beruht, Schaden zu" (Anm.176). Beim abergläubischen Versuch dagegen

174. aaO. S. 32

175. aaO. S. 37

176. aaO. S. 161



tritt dieser Schaden nicht ein, die Geltungsmacht des Rechts bleibt unberührt. Daraus läßt sich schließen ( und von Gemmingen hat diesen Schluß gezogen) (Anm.177), daß eine subjektive Theorie, die zwar den absolut untauglichen Versuch, nicht aber den abergläubischen Versuch strafen will, " unabweislich" auf "die objektive Bedeutung der Tat als Schädigung der Rechtsmacht(Geltungsmacht) " zurückgreifen muß (Anm.178).

Doch schon hier stellen sich erste Zweifel ein: Kann die Rechtswidrigkeit tatsächlich auf drei voneinander unabhängige Prinzipien zurückgeführt werden? Erstaunen muß bereits, daß neben die Substratswidrigkeit gleichberechtigt die Geltungswidrigkeit treten soll, obwohl die eine wie die andere die Wirklichkeitsseite des Rechts betrifft. Einleuchtender wäre es gewesen, wenn von Gemmingen die Geltungswidrigkeit nur als bestimmte Art der Substratswidrigkeit eingeordnet hätte. Daß er dies nicht gewagt hat, scheint darauf hinzuweisen, daß er selbst die tatsächliche Geltung des Rechts nicht als Substrat des Rechts verstehen konnte.

Eine derartige Deutung wäre auch nicht sachgerecht gewesen. Sie würde voraussetzen, daß die tatsächliche Geltung einer rechtlichen Regelung wesensmäßig inhärent ist. Das aber ist nicht der Fall. Es ist schon zweifelhaft, ob der Geltungsanspruch dem Recht als notwendiger Bestandteil angehört, ob ein nicht auf Geltung zielendes Recht denkbar ist. (Anm.179) Der Geltungsanspruch mag die Voraussetzung des Rechts sein, der Geltungsanspruch mag dem Recht logisch nachgeordnet sein, wie man sich auch entscheidet, immer steht die tatsächliche Geltung des Rechts zum Recht selbst in einem anderen Verhältnis als dem, das durch den Ausdruck "Substrat" bezeichnet wird. Jedenfalls ist die tatsächliche Geltung des Rechts nicht etwas, was gleichsam als Aus--fluß des Rechts in

177. aaO. S. 164, 167

178. aaO. S. 167

179. In diesem Fall reduziert sich der Begriff des Rechts auf den Ausdruck für eine gerade bestehende Ordnung.

Erscheinung tritt.

Die tatsächliche Geltung ist das Ergebnis der Staatsmacht, die ihre Mittel zur Durchsetzung der Regelungen einsetzt und ihre allgemeine Anerkennung erzwingt. Die tatsächliche Geltung des Rechts ist Manifestation der Staatsgewalt. Erkennt man, daß sich ein in einem Verbrechen liegender Angriff gegen die Geltung des Rechts nicht gegen ein Substrat des Rechts als "Sein" richtet, muß der Geltungswidrigkeit ein anderer Platz in der Unrechtssystematik zugewiesen werden.

Die Erklärung, die Geltungswidrigkeit sei als selbständige Form der Rechtswidrigkeit zu betrachten, befriedigt nicht. Der Angriff gegen die an der Beachtung ihrer Gesetze interessierte Staatsmacht ist solange ohne Bezug zum Recht ( und damit auch ohne Platz im Unrecht) , solange dieses Interesse nicht seinerseits in seiner Beziehung zum Recht geklärt ist.

Diese Beziehung besteht tatsächlich; sie besteht freilich in nichts anderem als im Ausdruck der in den Gesetzen enthaltenen Anforderungen an den Einzelnen. Das bedeutet für die Rechtswidrigkeit, daß " auch die Geltungswidrigkeit ..., wenn sie nicht gleichzeitig anforderungswidrig ist, kein Unrecht , sondern bedauerliche Erschütterung des Rechtsbewußtseins durch Ungerechtigkeit oder böses Beispiel ist" (Anm.180).Die Erschütterung der Geltung des Rechts ist, falls sie durch ein Verbrechen überhaupt eintritt, nicht mehr als die Folge rechtswidrigen Verhaltens. Sie ist aber nicht Kern der Rechtswidrigkeit selbst.

180. So Goldschmidt in Monatschrift für Krim.Psy. 23/632.Ebenso Gallas in ZStW 54/283 : "Für die Dogmatik muß an dem Primat des normativen Rechtswidrigkeitsbegriffs ( der " Anforderungswidrigkeit " i.S. des Verfassers) festgehalten werden, wenn nicht die Einheitlichkeit des systematischen Aufbaus preisgegeben werden soll".

Daß ein Verbrechen die Geltung des Rechts erschüttern kann, ist die bereits früher geäußerte Ansicht der sogenannten Eindrucks-theorie (Anm.181). Die Betonung des beunruhigenden Eindrucks entsprang ursprünglich der sich langsam ausbreitenden Erkenntnis, daß das Urteil über die Gefährlichkeit eines Geschehens von dem Eindruck abhängt, den das Geschehen macht. Es ist der "Eindruck der Beunruhigung ... , der auf der Reflexion beruht, daß sie (sc. die Tat) hätte gelingen können!" (Anm.182) Solange jedoch der Eindruck im Mittelpunkt der Erörterung stand, der sich bei Aufstellung einer solchen nachträglichen Prognose ergab, konnte nicht von einem Merkmal gesprochen werden, das neben der Gefährlichkeit des Versuchs dessen Strafwürdigkeit begründet hätte.

Da andererseits die Position der nachträglichen Beurteilung nicht überhaupt verlassen werden konnte, (Anm.183), blieb nichts anderes, als den Eindruck auf etwas anderes als auf die durch den Versuch hervorgerufene Gefahr zu beziehen: auf das Vertrauen der Allgemeinheit in die Geltung der gesetzlichen Regelungen.

Daß dieses Vertrauen auf die Geltung der gesetzlichen Regelungen ein sozialpsychologisches Phänomen ist, ist ebensowenig zu leugnen, wie die Verletzbarkeit dieses Vertrauens. Soweit jedoch die Meinung vertreten wird, , daß dieses Vertrauen durch (versuchte oder vollendete) Verbrechen verletzt werden kann, erheben sich Bedenken. Eine Beunruhigung der Allgemeinheit mag wohl eintreten, wenn sie erfährt, daß jemand durch Taten seine Mißachtung des Gesetzes zum Ausdruck gebracht hat. Diese Manifestation des Unge-

181. Vergl. u.a. Horn ZStW 20/309 ff, Zusammenfassung S. 356,357; von Bar " Gesetz und Schuld " II/487, 521 ff ( der allerdings die "objektive" Gefahr nicht anerkennt); Mezger-Blei StuD.I 13.Aufl. S. 244 ff, ähnlich auch Kohler Studien S.16, Baumgarten "Zur Lehre vom Versuch der Verbrechen" S. 419.

182. Horn ZStW 20/342.

183. Ein Eindruck im Zeitpunkt der Tat kann unter anderem deshalb nicht der maßgebliche sein, weil zur Tatzeit häufig, ein die Rechtsgeltung (möglicherweise) berührender Eindruck überhaupt nicht entsteht, etwa weil der Versuch in diesem Moment überhaupt noch unbemerkt bleibt oder weil zwar die Versuchshandlung bemerkt wird, diese jedoch so unverfänglich ist (z.B. das bekannte Zuckerstreuen in den Tee), daß die Tat nicht als Versuch identifiziert wird. Die Wirkung des Eindrucks, wäre für sie die Zeit der Tat entscheidend, wäre im übrigen ganz von dem abhängig, auf den die Tat zufällig ihre Wirkung hinterlassen hat. Die Reaktion des Einzelnen auf das durch den Versuch gegebene schlechte Beispiel ist aber für die Frage ganz unerheblich, inwieweit die Tat allgemein die Geltung des Rechts gefährdet.

horsams liegt jedoch selbst im abergläubischen Versuch. Schon dadurch, daß er jedem Versuch eigen ist, bleibt er sozusagen eine quantité négligeable, die zur Kennzeichnung der Strafwürdigkeit bestimmter Versuchsgruppen nicht dienen kann.

Darüber hinaus ist es unangebracht, eine wesensnotwendige Konsequenz des Ungehorsams diesem als selbständiges Verbrechenselement hinzuzufügen. Schließlich wird man schlechthin bezweifeln müssen, daß der Ungehorsam als solcher von vornherein die Geltung der Gesetze zu beeinträchtigen in der Lage ist. Auf den Ungehorsam einiger Gesellschaftsmitglieder ist das Gesetz von vornherein eingestellt. Erst dann, wenn der Ungehorsam nicht verfolgt wird, verringert sich die Geltungsmacht des Rechts.

Der durch den strafwürdigen Versuch ausgelöste Eindruck muß also über die Beunruhigung wegen der bloßen Tatsache des Ungehorsams hinausgehen, wenn er die Strafwürdigkeit kennzeichnen soll. Er kann nur in der Besorgnis liegen, daß der Versuch die Befürchtung nahe legt, Beginn einer Kette weiterer Delikte zu sein (Anm.184). Nur diese Besorgnis könnte das Vertrauen in die Geltung des Rechts erschüttern, denn sie geht dahin, daß die generalpräventive Wirkung des Gesetzes keine vollkommene ist. Wenn eine derartige generalpräventive Wirkung des Gesetzes zulässigerweise von der Gesellschaft vorausgesetzt werden dürfte, wenn also Rechtsgeltung und umfassende Abschreckung eins wären, dann wäre das Vertrauen in die Geltung des Rechts durch ein Verbrechen allerdings zu erschüttern. So aber verhält es sich nicht.

184. Dafür, daß die Beunruhigung der Rechtsgemeinschaft auf der sich im untauglichen Versuch zeigenden Wiederholungsgefahr und damit auf der Tätergefährlichkeit (1) beruht: Braun "Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts" S. 85, der den Gesichtspunkt der Geltungswidrigkeit im Versuch jedoch als für die Rechtswidrigkeit unzureichend bezeichnet (S.86 ff.).

Die Gesetze sind gerade im Hinblick auf die Erfahrung, daß Verbrechen verübt oder versucht werden, geschaffen worden und das, was soeben zu der Beunruhigung durch den Ungehorsam gesagt wurde, gilt entsprechend auch hier: Die Geltung der Gesetze nimmt mit ihrer "Verletzung" nicht ab, sondern sie bewährt sich dann gerade.

Eine andere Frage ist es, inwieweit das Vertrauen in die Rechtsgeltung mit dem Unvermögen der staatlichen Organe, die Delikte zu verfolgen, schwindet. Sie hat mit dem durch einen Versuch ausgelösten beunruhigenden Eindruck nichts zu tun. Im übrigen wäre verständlicherweise schwer zu entscheiden, welche Art Versuch "ansteckend" wirken kann und wann etwa auch der Täter selbst seinen Plan mit tauglicheren Mitteln oder am tauglichen Objekt wiederholen wird. Auch hier mag die Wiederholungsgefahr (und damit der fragliche Eindruck) bei einem abergläubischen Versuch größer sein als bei einem Versuch, der beinahe sein Ziel erreicht hätte, da hier denkbar ist, daß der Täter unter dem Schock des beinahe-Gelings vor weiteren Taten zurückschreckt.

So wenig die Geltungswidrigkeit als unabhängiges Unrechtsmerkmal, das gegebenenfalls den Unrechtsgehalt einer Tat allein zu bestimmen fähig ist, im Verbrechenssystem untergebracht werden kann, so wenig hilft der Gedanke, daß der durch den Versuch ausgelöste Eindruck auf die Allgemeinheit dessen Strafwürdigkeit bezeichnet, der Versuchsdogmatik weiter. Es lag daher nahe, überhaupt das "Rechtsgutsdenken", das auf dem Gebiet des Versuchs so große Schwierigkeiten bereitete (Anm. 185), aufzugeben zugunsten einer Deutung des Unrechts, die auch dem Unrechtsgehalt des Versuchs gerecht wurde: Der Pflichtwidrigkeit.

185. Schaffstein: DStrR 1935/97 ff, 102 "Die Bestrafung des ungefährlichen untauglichen Versuchs als Ausdruck bösen Willens läßt sich materiell weder auf eine Rechtsgutsverletzung noch als Rechtsgutsgefährdung erklären". Schaffstein setzt voraus, daß der ungefährliche, untaugliche Versuch Strafe verdient.



Diesen Begriff mit den Mitteln der teleologischen Methode neu zu bestimmen, wurde in der Tat versucht und die Ergebnisse dieses Bemühens werden später darzustellen sein. Zuvor ist jedoch ein Blick auf die gegenwärtige Reformbewegung zu werfen, in der die Vorstellung einer "Gefährdung der Rechtsordnung" nochmals eine bedeutsame Rolle gespielt hat.

Bis heute hat die Ansicht ihre Anhänger gefunden, daß die Gefährdung der Rechtsordnung der tragende Gesichtspunkt bei der Erklärung des Strafgrundes des Versuchs ist. Maurach hält es etwa für "kaum zweifelhaft", daß "die ratio sententiae die im Versuch enthaltene abstrakte Gefährdung" ist (Anm.186).

Die "Gefährdung der Rechtsordnung" ist ein schillernder Begriff, der um seiner Aktualität willen nun doch genauer untersucht werden muß. Die Äußerungen des Reichsgerichts sind in dieser Richtung keineswegs eindeutig. In seiner berühmten Entscheidung der vereinigten Strafsenate im 1. Band (Anm.187) führt das Reichsgericht zwar aus (Anm.188): "Auch bei ihrer Anwendung (sc. der untauglichen Mittel) hat der Täter das getan, was er als Verwirklichung seines verbrecherischen Entschlusses geeignet angesehen hat, und damit seine Auflehnung gegen die Rechtsordnung betätigt." Diese Auflehnung gegen die Rechtsordnung wird - wenigstens in der Entscheidung RGSt 1/439 - jedoch mit einer Gefährdung der Rechtsordnung nicht gleichgesetzt. Es heißt dort zum Strafgrund des Versuchs nämlich (Anm.189): "Darüber kann nun kein Zweifel aufkommen, daß im Versuch der verbrecherische Wille diejenige Erscheinung ist, gegen welche das Strafgesetz sich richtet, im Gegensatz zu dem in der Vollendung zu Tage tretenden aus dem verbrecherischen Willen her-

186. Maurach AT 3. Aufl. S. 430 ff (432) ähnlich wohl auch Jagusch in LK 8. Aufl. 1957 § 43 Anm. I/1 (Grund der Versuchsbestrafung in der Störung des Rechtsfriedens durch einen widerrechtlichen Angriff) ferner Anm. II/2.

187. RGSt 1/439 ff

188. RGSt 1/442 ff

189. RGSt 1/441

vorgegangenen rechtswidrigen Erfolg. An und für/würde jene Beziehung auf die Vollendung als dem Gegensatz des Versuchs außer Rücksicht zu bleiben haben und mehr nicht zu verlangen sein, als daß der verbrecherische Gedanke sich in äußeren Handlungen kundgegeben habe. Allein, weil es manche Handlungen gibt, die aus verbrecherischem Entschluß hervorgegangen, doch an sich so wenig als der Gedanke des Verbrechens objektiv eine Gefahr für die öffentliche Rechtsordnung in sich tragen und weil ohne solche Gefährdung ein Strafrecht nicht gegeben, so verlangt eine viel verbreitete Lehre, daß die Handlungen, wenn sie als Versuch strafbar sein sollen, in einem Kausalverhältnis zur Vollendung, in welcher diese für jede Strafe notwendige Gefährdung oder Verletzung des Rechts enthalten ist, stehen müssen." (Anm.190)

Im folgenden verwirft das Reichsgericht die objektive Theorie aus vermeintlich logischen Erwägungen und begründet die Strafbarkeit eines jeden Versuchs mit dem Hinweis, daß ansonsten infolge der Gleichwertigkeit aller Bedingungen jeder Versuch straflos bleiben müsse, ohne damit die nun auftauchende Frage zu beantworten, wie sich diese Theorie mit der soeben noch bekräftigten These verhält, daß Grundlage des Strafrechts die "Gefahr für die öffentliche Rechtsordnung" bildet.

Soweit ich sehe, ist das Verhältnis des Versuchs zur Rechtsordnung ausdrücklich erst wieder in RGSt 34/219 zur Sprache gekommen. Es wird dort festgestellt, daß das öffentliche Interesse die Bestrafung auch des untauglichen Versuchs verlange. Ein derartiges Interesse wird stets von einer um sich greifenden Beunruhigung ausgelöst werden, und es ist daher davon auszugehen, daß auch das Reichsgericht dieses von ihm angenommene Interesse auf die

190. Daraus, daß es beim Versuch nicht auf das ankommen soll, was aus dem verbrecherischen Willen hervorgeht, kann man schließen, daß es auch auf eine abstrakte Gefährdung als Folge der Willensbetätigung nicht ankommt. Bekräftigend: RGSt 8 /203: "Besteht aber der Versuch nicht in der durchgeführten Verletzung des Rechtsguts und auch nicht in einer objektiven Gefährdung desselben, so kann er nur in der Kundgebung eines auf die Verletzung gerichteten Willens durch eine äußere Handlung bestehen, welche über die Grenze der bloßen Vorbereitung hinausgegangen ist".

-nicht eigens ausgesprochene - Störung des Rechtsfriedens durch den untauglichen Versuch zurückgeführt hat.

Ist aber die Störung des Rechtsfriedens schon Gefährdung der Rechtsordnung? Liegt in der Störung des Rechtsfriedens bereits strafwürdiges Unrecht? In seinem Frieden wird der brave Bürger schon mit seinem Erschrecken über die böse Welt gestört. Wenn man den "Rechtsfrieden" faßbar machen und konkretisieren will, wird man sich dazu bekennen müssen, daß Aussagen über seine objektive Wirklichkeit nicht gemacht werden können, daß er vielmehr nur in seiner subjektiven Widerspiegelung im Bewußtsein der Rechtsgenossen zu beschreiben ist. Die Störung des Rechtsfriedens ist demnach mit der Beunruhigung über die Tatsache, daß nicht jedermann den Gesetzen gegenüber gehorsam ist, gleichzusetzen. Diese Beunruhigung als solche läßt jedoch die Rechtsordnung völlig intakt - sie mag teilweise sogar die Wirkung haben, das allgemeine Bekenntnis zur Verbindlichkeit der gesetzlichen Regeln zu stärken. Störung des Rechtsfriedens und Gefährdung der Rechtsordnung sind zweierlei, und es ist meine bereits im Vorhergehenden (Anm. 191) dargelegte Meinung, daß der Ungehorsam als "Geltungswidrigkeit" nicht die Geltung der Gesetze erschüttern kann.

Davon zu unterscheiden ist jedoch eine andere Folge, die durch eine Straftat allgemein und durch einen untauglichen Versuch insbesondere ausgelöst werden kann. Sie liegt nicht in der Zerstörung der abstrakten Geltung der Gesetze, sondern in der Gefährdung der tatsächlichen Anerkennung ihrer Verbindlichkeit.

Man könnte sich vorstellen, daß, wer ungestraft einen untauglichen Versuch begeht, auch andere zur Begehung von Straftaten anreizt.

Träfe das zu, könnte mit Recht von einer Gefährdung der Rechtsordnung gesprochen werden, denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß sie nicht nur auf die abstrakte Geltung der gesetzlichen Regelungen, sondern auch auf deren tatsächliche Achtung angewiesen ist. Lügen in der Strafflosigkeit des untauglichen Versuchs wirklich diese Gefahren, wäre damit noch nicht die Frage beantwortet, ob dem Täter des untauglichen Versuchs diese Gefahren als Unrecht angelastet werden dürften.

Was dagegen spricht ist einmal die Überlegung, daß die Gefährdung der Rechtsordnung auf nichts anderes zurückgeht als auf die korrompierende Wirkung des schlechten Beispiels. Der Täter wird mit anderen Worten, wenn er für diese Gefährdung haften soll, für das von anderen verübte Unrecht verantwortlich gemacht. Er haftet, weil er den eigentlich unrecht Handelnden angesteckt hat.

Es taucht damit an versteckter Stelle die Schuldteilnahmetheorie wieder auf, die in der Dogmatik der Anstiftung eine Rolle gespielt hat, gerade aber vom Reichsgericht abgelehnt worden ist (Anm. 192). Daß die Schuldteilnahmetheorie angesichts der in § 50 StGB getroffenen Bestimmung keine Chance hat, als geltendes Recht anerkannt zu werden, ist kaum noch bestrittene Meinung (Anm. 193). Streit 192. RGSt 15/316 ; mittlerweile auch der BGHSt 4/358.

193. Gegen die Schuldteilnahmetheorie : Schönke-Schröder RdNr. 100 vor § 47, § 48 RdNr. 2, Mezger in IK § 48 Anm. 1, Maurach § 50 III D, Welzel LB S. 115, Baumann AT S. 565 ff, Jescheck LB S. 455, Mezger - Blei StUB I S. 288, Kohlrausch-Lange § 48 Anm. III, Baumann JuS 1963/128, 136, Bockelmann in Straf-rechtliche Untersuchungen S. 73, 93 und S. 111. Eingehend Lange: " Die notwendige Teilnahme " S. 36 ff mit zustimmender Kritik von Welzel in ZStW 61/210 ff, der mit Lange (S. 55) betont, daß die "Pflichtverletzung als täterschaftliches Moment etwas höchstpersönliches" ist, daß also "die Teilnahme des Extraneus an der Tat des Intraneus" .... " nicht Pflicht-sondern Rechtsgutsverletzung" ist. Gegen die Schuldteilnahme -theorie schließlich auch Stratenwerth MDR 53/717 (72o Anm. 21), obwohl er die Strafbarkeit des Anstifters, der nur den Versuch nicht aber den Erfolg will, bejaht. Seine Begründung dafür läuft darauf hinaus, daß der Angestiftete bereits im Versuch volles ( Handlungs-)Unrecht verwirkliche, daß der agent provocateur dieses Unrecht also hervorgerufen habe. M.E. hat Stratenwerth übersehen, daß das Unrecht des Täters in einer Pflichtwidrigkeit besteht und daß eine solche nicht "verursacht" werden kann. Verursacht werden kann nur ein Verhalten, dem das Prädikat "pflichtwidrig" zukommt. Da dieses Verhalten eben nicht zu dem rechtsgutsverletzenden Erfolg geführt hat, ist

könnte nur darüber entstehen, ob die Korruptierungstheorie besser als die Verursachungs- oder Förderungstheorie den Strafgrund der Teilnahme bezeichnen w ü r d e (Anm.194), ob sie also einem künftigen Strafgesetz zugrunde gelegt werden sollte.

Wie man sich auch dazu stellen will, so scheint mir doch jedenfalls festzustehen, daß die Schuldteilnahmetheorie über die Teilnahmedogmatik nicht auch auf die Versuchsdogmatik ausgedehnt werden darf, denn wenn man Gründe findet, den Anstifter wegen der in der Anstiftung liegenden Korruption strafrechtlich haften zu lassen, so liegen diese Gründe in der durch die Einflußnahme bewußt übernommene Verantwortung für das Verhalten des Dritten. Im bloßen schlechten Beispiel liegt diese Übernahme von Verantwortung nicht. Die Frage Kains " Bin ich der Hüter meines Bruders?" darf von jedem Rechtsbrecher, von jedem Bürger schlechthin gestellt werden, und in einem liberalen Rechtsstaat ist sie stets zu verneinen.

die "Verursachung" in der Anstiftung des agent provocateur irrelevant, und es bleibt nur die Verführung zur Pflichtwidrigkeit . Ebenso für die Strafbarkeit des agent provocateur angeblich auf der Basis der Verursachungstheorie Jescheck LB S.457, der von "Verursachung des Handlungsunrechts" spricht.

Einer Äußerung Stratenwerth's während des von ihm zusammen mit Jescheck veranstalteten deutsch-schweizerischen Strafrechtsseminars im Wintersemester 1969/70 habe ich entnommen, daß Stratenwerth an seinen früheren Äußerungen zu diesem Thema nicht mehr festhält. In der Tat scheint mir die Strafbarkeit des agent provocateur nur auf der Grundlage der Schuldteilnahmetheorie zu halten zu sein.

Für die Schuldteilnahmetheorie früher :Schaffstein ZStW 57/295 (323), der die Ansicht vertrat, daß die Schuldteilnahmetheorie " in der Konsequenz des Willensstrafrechts" liegt und - mit Einschränkungen - Kohlrausch in Festschrift für Bumke S. 39 ff(49). In neuerer Zeit H.Mayer Strafrecht AT 1953 S. 319, derselbe in Festschrift für Rittler S. 243 ff (254) und Grundriß 1967 S.155 ff., ferner Less ZStW 69/43 ff (52 ), Esser GA 1958/321 ff(331), der - nicht anders als in der Sache auch Schaffstein - feststellt "je mehr man dazu neigt, das Primat des Rechtsgutsdenkens generell einzuschränken und die Rechtsgüterverletzung allgemein nur noch als Bestandteil eines täterbezogenen Handlungsunrechts anzusehen, um so eher wird man zu Ergebnissen gelangen, die mit der Schuldteilnahmetheorie übereinstimmen."

194. Der E62 ist der Schuldteilnahmetheorie nicht gefolgt.



Was weiterhin dagegen spricht, den Täter wegen seines schlechten Beispiels die Gefährdung der Rechtsordnung als Unrecht anzulasten ist dies: Soll die Gefährdung der Rechtsordnung schlechthin Strafgrund des Versuchs sein, muß diese Gefährdung bei jedem Versuch unterstellt werden. Kein Gericht würde sich aber auf eine Beweis aufnahme darüber einlassen, ob das schlechte Beispiel des Versuchs tatsächlich korumpierend gewirkt hat. Selbst wenn feststünde, daß die Tat - möglicherweise gerade wegen ihrer äußeren Harmlosigkeit - nur durch ein Geständnis des Täters den Rechtspflegeorganen( von denen man eine gewisse Widerstandsfähigkeit erwarten darf) und sonst niemandem bekannt geworden ist, würde sich augenscheinlich an dem Unrechtsgehalt des Versuchs nichts ändern. Die Fiktion der Gefährdung im Einzelfall wäre aber mit der These, daß der untaugliche Versuch wegen der tatsächlichen Gefährdung der Rechtsordnung strafwürdig sei, genausowenig vereinbar wie die Erwägung, daß der Versuch unter anderen Umständen hätte korumpierend wirken können.

Entscheidend ist aber folgendes: Untersucht man genauer, was eigentlich als korumpierend gewertet wird, gewinnt man den Eindruck, daß das viel weniger der untaugliche Versuch als solcher ist als seine mögliche Straflosigkeit. Bei Licht besehen, heißt die These nicht: Der untaugliche Versuch muß bestraft werden, weil er korumpierend wirkt, sondern sie heißt: Der untaugliche Versuch muß bestraft werden, weil seine Straflosigkeit korumpierend wirken würde.

Niemand käme auf die Idee, alles für Unrecht zu erklären, was andere auf verbrecherische Gedanke bringen könnte. Das zeigt sich bereits an der grundsätzlichen Straflosigkeit der Vorbereitung, denn auch in der Vorbereitung kann schon der Anreiz zur Nachahmung liegen. Es kann mithin nicht die korumpierende Wirkung des Geschehens als solche sein, die das Unrecht vom Nicht-Unrecht trennt. Das Unrecht ist vielmehr vom Einfluß der Tat auf andere unabhängig. Wohl aber kann ein Bedürfnis zu strafen bestehen, wenn gerade die fehlende Strafdrohung eine Lücke in der generalpräventiven Funktion der Gesetze entstehen ließe (Anm.195) und auf dieses Straf-

195. Stellt man nur auf die ansteckende Wirkung einer Tat zur Begründung ihrer Strafbarkeit ab, käme man zu dem Ergebnis, daß die Strafwürdigkeit nicht auf ein klar bestimmtes Unrecht zurückgeführt werden kann. Schon diese sich zwischen den Begriffen Unrecht und Strafwürdigkeit ergebende Spannung spricht gegen die vorgeschlagene Lösung.

bedürfnis scheint mir die These von der Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs wegen der Gefährdung der Rechtsordnung z.T. zurückzugehen. Das bedeutet zugleich, daß die Strafwürdigkeit, soweit sie mit dem schlechten Beispiel, das der Täter gibt, begründet wird, in Wahrheit auf kriminal-politischen Erwägungen beruht - und zwar auf unzutreffenden.

Man stelle sich einmal vor, was es bedeuten würde, wenn der untaugliche Versuch straflos bliebe. Die Straflosigkeit könnte allenfalls dazu anreizen, ebenfalls untaugliche Versuche zu begehen. Weiß der Täter aber von vornherein, daß sein Handeln erfolglos bleibt, richtet sich dieses Handeln überhaupt nicht auf ein tatbestandliches Ziel. Es fehlt eben der dem untauglichen Versuch zugrundeliegende Irrtum, und es liegt deshalb überhaupt kein Versuch vor. Insofern ergibt sich nicht der geringste Unterschied zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs. Zur generalpräventiven Wirkung der Gesetze reichen Regelungen, die nur auf das vollendete Delikt gemünzt sind, aus (Anm.196).

Noch ein letzter Gedanke soll in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben. Er berührt im Grunde alle Theorien, die eine Gefährdung als Kern des Versuchs in den Vordergrund rücken, betrifft aber besonders die Lehre, die die Gefährdung der Rechtsordnung in der Wirkung des untauglichen Versuchs auf andere sieht. Nach vollkommen einhelliger Lehre (Anm.197) muß auch der Tatentschluß beim Versuch auf die Vollendung gerichtet sein. Ein Entschluß, der von vornherein die Tat nur bis zum Versuchsstadium gedeihen lassen will, wird, selbst wenn er betätigt wird, nicht als strafwürdig angesehen.

196. Dem widersprechend erwartet Voll ( Niederschriften der großen Strafrechtskommission II/S. 198 gerade von der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs eine generalpräventive Wirkung).
197. Vergl. u.a. Dreher Anm. 1 zu § 43 ,Schönke-Schröder § 43 RdNr.1 Baumann AT S. 484, Welzel LB S.189, Jescheck LB S. 341.

Angenommen, der Täter habe nun einen solchen, lediglich auf den Versuch gerichteten Vorsatz betätigt, wobei er es geradezu darauf angelegt haben soll, ein Exempel verbrecherischer Gesinnung zu statuieren, angenommen also der Täter wäre ein agent provocateur ohne konkretes Opfer, könnte an dem Vorliegen eines korromprierenden Beispiels nicht gezweifelt werden. Wollte man hier bestrafen, müßte man mit dem Grundsatz brechen, daß wegen Versuchs nur bestraft werden kann, wer vollenden wollte.

Da somit im schlechten Beispiel, das ein untauglicher Versuch abgeben mag, weder ein beachtenswertes Unrecht noch ein begründeter kriminalpolitischer Anlaß zu strafen liegt, kann die Gefährdung der Rechtsordnung als Strafgrund des Versuchs nur in anderer Hinsicht relevant werden. In Betracht kommt, nachdem das Hervorrufen fremder Gefährlichkeit als tragender Gesichtspunkt abgelehnt worden ist, nur noch die künftige Gefährlichkeit des Täters selbst.

Eine auf der Tätergefährlichkeit als solcher beruhende Gefährdung der Rechtsordnung hatten die für diesen Begriff eintretenden Teilnehmer an den Sitzungen der Strafrechtskommission allerdings mit Sicherheit nicht im Sinn. Die Bedeutung der Gefährlichkeit für den Unrechtsbegriff und die Versuchsdogmatik ist daher an dieser Stelle nicht zu erörtern. Zuvor muß das personale Element im Unrechtsbegriff überhaupt näher untersucht werden. Hierbei ist zunächst wieder zurückzugreifen auf die Epoche der teleologischen Begriffsbildung und die damals unternommenen Versuche, den Begriff der Pflichtwidrigkeit zu bestimmen.

### 3. Der teleologisch gebildete Begriff der Pflichtwidrigkeit: Die Treuwidrigkeit.

Daß im Versuch - nicht anders wie im vollendeten Delikt - Ungehorsam gegen die Gesetze liegt, ist frühzeitig bemerkt worden. (Anm. 198) Diese Erkenntnis wurde dadurch der Unrechtslehre dienstbar gemacht,

daß die Bestimmungsfunktion der Gesetze für ausschließlich maßgebend erklärt wurde. Die Begründung für dieses Vorgehen war in erster Linie positivistisch, die Untersuchung der Wirkungsweise der Gesetze stand im Vordergrund.

Davon unterschied sich die ebenfalls mit dem Begriff der Pflichtwidrigkeit operierende Unrechtslehre nach 1933, indem sie der Deutung des Unrechts als Pflichtwidrigkeit auch eine teleologische Begründung beigab. Ein erster Hinweis auf die Pflichtwidrigkeit als das entscheidende Rechtswidrigkeitsmerkmal ergab sich jedoch auch hier aus der Analyse des Gesetzes.

Man stellte die Frage, ob subjektive Unrechtselemente existieren, " die auf den rechtsgutsverletzenden Charakter der Tat ohne Einfluß sind" (Anm.199) und man glaubte diese Frage u.a. im Hinblick auf § 193 StGB (Wahrnehmung berechtigter Interessen) und § 263 StGB (Die Bereicherungsabsicht betrifft nicht das eigentliche Rechtsgut, das in fremdem Vermögen besteht (Anm.200) ) bejahen zu können.

Wenn der Satz stimmt " alles Unrecht" ist " seinem materiellen Gehalt nach Rechtsguts-(Interessen) verletzung" (Anm.201), wären die oben angegebenen Elemente des Verbrechens keine Unrechtselemente. Da man aber diese Elemente nirgends anders einordnen zu können glaubte als in der Rechtswidrigkeit, konnte man die weitere Frage, ob " der rechtsgutsverletzende Charakter der Tat wirklich das allein maßgebende Kriterium für die Rechtswidrigkeit" ist, nur

199. Braun. Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente S. 22.

200. Bockelmann hat in diesem Zusammenhang zutreffend darauf hingewiesen, daß die auf ein fremdes Vermögen gerichtete Bereicherungsabsicht als solche überhaupt "unverbietbar" sei, daß demnach " im Bereicherungsstreben allein das Wesen des Betrugs nicht erblickt werden kann" und " daß der Schwerpunkt des Betrugstatbestandes nach wie vor im Vermögens- und Schadensbegriff liegen muß" (Festschrift für Kohlrausch S. 240 und 242).

201. Mezger GS 89/270, kritisch zu diesem Gedanken bereits Kohlrausch ZStW 25/656.

verneinen (Anm.202).

Die Angabe des eigentlichen Grundes, warum subjektive Elemente wie die in §§ 193, 263 StGB Genannten Unrechtselemente seien, folgte später: Die Rechtsverletzung wurde als Treubruch aufgefaßt und war damit "Ausdruck einer dem Gedanken der Volksgemeinschaft hohnlachenden Gesinnung" (Anm.203); das galt für den Versuch nicht weniger als für die sogenannten Absichtsdelikte (Anm.204).

Insbesondere die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs wurde nunmehr in der zum Ausdruck gekommenen feindlichen Gesinnung gefunden (Anm.205). Damit schien die Theorie auf den Weg des Reichs-

202. Braun aaO.S.28, der zur Stützung seiner Theorie die schlagwortartige Formulierung von Bruns ("Kritik der Lehre vom Tatbestand" S. 53) zitiert (S. 31): "Die Tatbestände kennzeichnen typisierte Interessenverletzungen, nicht nur Verletzung typisierter Interessen". Dieser Satz zeigt deutlich, wie fließend der Übergang vom Unrecht als Rechtsgutsverletzung zum Unrecht als Pflichtwidrigkeit ist, wenn man im Auge hat, daß bestimmte Interessen nur auf bestimmte Art und Weise verletzt werden können, daß also häufig eine Verletzung typisierter Interessen schlechthin nicht denkbar ist, sich die typisierte Verletzung von Interessen und die Verletzung typisierter Interessen keineswegs als Gegensatz, sondern als ein und dasselbe darstellt.

203. Braun aaO. S. 32. Darüber, in welchem Verhältnis das Individuum der Volksgemeinschaft gegenüberstand, welche Ansprüche die Gemeinschaft an die Gesinnung des Individuums stellen durfte: Vergl. Freisler in "National-sozialistisches Strafrecht - Denkschrift des preuß. Justizministeriums" S. 6 ff und Peters JW 1933/1561 ff.

204. Der innere Zusammenhang zwischen Versuch und Delikten mit "überschießender Innentendenz" ist bereits frühzeitig erkannt worden: Vergl. Binding LB II 2.Aufl. 1 S. 11 ff, 364, 420.

205. Vergl. Freisler "Das kommende Strafrecht Allg. Teil" S.13, 21 Braun aaO. S.87 (dieser hielt aber dennoch an der Gefährdung als Kern der Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs fest, bemerkte jedoch, daß die Gefährlichkeit erst bei Min-



gerichts eingeschwenkt zu sein, denn auch dieses stellte (wenn auch nicht auf die Gesinnung) auf den zum Ausdruck gekommenen verbrecherischen Willen ab (Anm. 206). Dieser Schein trügt jedoch. Das Reichsgericht hatte seine Theorie auf der unzutreffenden Prämisse, mit dem Fehlen der Kausalität sei auch nicht mehr von Gefahr zu sprechen, entwickelt und sich somit auf ein kategoriales System gestützt, das auf (irrtümlich angenommene) ontologische Vor-  
gegebenheiten anknüpfte (Anm. 207).

Die Unzulänglichkeit dieser Begründung war wohl inzwischen allgemein erkannt worden (Anm. 208). An ihre Stelle trat daher, ohne daß sich an den Ergebnissen Entscheidendes ändern sollte (Anm. 209), eine teleologische Argumentation, die aus der Funktion des Strafrechts im nationalsozialistischen Staat bezogen wurde (Anm. 210).

blick in die Täterpsyche erkennbar wird, mit der Folge, daß der Verbrechensentschluß dann ein "echtes subjektives Unrechtselement" ist, wenn sich aus der Absicht die spezifische Gefährdung ergibt (S. 79, 80.) Zu dem Verhältnis von Willensstrafrecht und Gefährdungsstrafrecht auch von Gemminger in JW 1933/2371, der ein Nebeneinander von Gefährdungsprinzip und Willensstrafrecht propagierte. Von Gemminger leugnete den Widerspruch von Gefährdungsstrafrecht und Willensstrafrecht, da die Trennung von objektiver und subjektiver Tatseite rein klassifikatorisch und unfruchtbar sei. Im Willen liege in aller Regel "das ausschlaggebende Moment für die objektive Wahrscheinlichkeit des gewollten Erfolges" (S. 2372). In den Gesetzen sei daher in erster Linie eine "Willenstypisierung" nicht eine Gefährlichkeitstypisierung zu sehen. Die Gefährlichkeit erhalte damit erst bei der Strafzumessung Bedeutung.

206. So bereits in der Plenarentscheidung RGSt 1/439 und danach in ständiger Rechtsprechung.
207. Vergl. dazu treffend Reinhard von Hippel "Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch" S. 2 ff
208. Vor Aufkommen des Willensstrafrechts war die naturalistische Theorie des RG allgemein auf Ablehnung gestoßen. Vergl. von Hippel Deutsches Strafrecht II/421 ff, ferner von Gemminger JW 1933/2372.
209. Deruntaugliche Versuch sollte strafbar sein, das Wahnverbrechen straflos bleiben. Vergl. die programmatische Schrift von Freisler in: Das kommende deutsche Strafrecht Allg. Teil" S. 35.
210. Dazu die in Anm. 209 zitierte Arbeit von Freisler, ferner u.a. Schaffstein DStrR 1935/97 ff, von Gemminger DStrR 1935/105, Gallas in Festschrift für Gleispach S. 50 ff.

Sie bestand im wesentlichen darin, daß man auf die Wertungen hinter den Gesetzen verwies, welche man in der "Volksgemeinschaft" und in den "konkreten Ordnungen" der Gesellschaft zu finden glaubte. Diese verführerisch und unzutreffend "Wesensschau" genannte Methode (Anm. 211) war ihrem Charakter nach durchaus teleologisch an Werten orientiert, denn das, was aus der "Volksgemeinschaft" an rechtsbildender Substanz abgelesen werden sollte, mußte dieser erst impliziert werden.

Diesen Dienst leistete die nationalsozialistische "Ideologie". Bis auf einen Punkt kann auf die Darstellung der ihr entspringenden verschwommenen Vorstellungen verzichtet werden, da sie für den Vergleich mit der Versuchsdogmatik in der Schweiz und in Österreich ohne Bedeutung sind. Wichtig ist aber festzustellen, daß mit der Rückkehr zur Norm als Gebot und zur Pflichtwidrigkeit als Kern des Unrechts auch jener autoritäre Standpunkt eingenommen wurde, von dem aus ein Verhalten nur als Gemeinschaftswidrigkeit ins Blickfeld geraten konnte (Anm. 212). Dieser Standpunkt ist von dem

211. Vergl. Dahm Verbrechen und Tatbestand S. 30 ff., 46 und ZfStaatsW. 95/283, Schaffstein DStrR 35/98. Grundlegend Carl Schmitt: "Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens" 1934. Gegen diese Richtung damals Schwinge-Zimmerl, "Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken im Strafrecht" 1937.
212. Besonders deutlich Gallas in Festschrift für Gleispach S. 51: "In seinem Gemeinschaftszerstörenden Charakter, nicht in dem unzulässigen Eingriff in rechtlich geschützte Interessen liegt .... das Wesen des Verbrechens". Für die strafrechtliche Wertung kommen nach Ansicht von Gallas nur Gemeinschaftsinteressen in Betracht. "Denn da an die Stelle der liberalen Entgegensetzung von Einzelnen und Gesamtheit (Staat) die den Einzelnen als Glied umfassende organische Einheit "Volksgemeinschaft" getreten ist, gibt es einerseits keine rechtserheblichen "privaten" Interessen mehr, ist aber andererseits der Schutz des Einzelnen in seiner Gliedhaftigkeit Gemeinschaftsanliegen". (S. 62) - In diesem Zusammenhang versuchte auch von Gemmingen DStrR 35/105ff) seine Lehre von der Geltungswidrigkeit einzuordnen (S. 110): "Diese Rechtswidrigkeit kann nicht in ihrer Eigenschaft als ein formaler Verstoß gegen "Anforderungen" an den Willen erfaßt werden (Anforderungswidrigkeit), sondern muß erfaßt werden als ein Angriff auf das Recht in seiner Eigenschaft als "konkrete Ordnung" in einem gegenüber dem "Substrat rechtlicher Regelung" erweiterten, auch die erlebnismäßigen Elemente rechtlichen Einordnungswillens des Volksgenossen, also die Rechtsgeltungssubstanz umfassendes Sein".

spezifisch nationalsozialistischen Gedankengut weitgehend unabhängig und findet sich auch in anderen Rechtsordnungen.

Bereits der Imperativentheorie war von Nagler (Anm.213) vorgeworfen worden, sie könne die sogenannten Gewährungen des Rechts nicht systemgetreu erklären. Diesem Einwand war das "Willensstrafrecht" grundsätzlich nicht weniger ausgesetzt als dem Problem, materielle Elemente der als Pflichtwidrigkeit verstandenen Rechtswidrigkeit beizufügen. Auch in dieser Hinsicht war der damals beschrittene Lösungsweg charakteristisch: Man blieb nicht bei dem teleologischen Ansatz stehen, mit dem die Gesetze auf Wertordnungen zurückgeführt wurden, sondern man versuchte darüber-hinaus, auch die Pflichtwidrigkeit teleologisch zu erfassen und ihr einen Inhalt zu geben, der sie über ein bloßes Negativum hinausführte.

Weder die Intensität des Willens, noch die Art der Betätigung des Willens, noch sonstige den Willen betreffende Tatelemente sollten unberücksichtigt bleiben (Anm.214) - und zwar nicht nur nicht innerhalb der Schuld, was sich auch ohne Willensstrafrecht von selbst verstanden hätte, sondern innerhalb des Unrechts. Das ergab sich deutlich erkennbar aus der zentralen Stellung, die dem Willen im Unrechtsbegriff eingeräumt wurde. So wie gleichsam hinter den Gesetzen der Telos der Volksgemeinschaft sowie deren "konkreten Ordnungen" stand, stand hinter der Pflichtwidrigkeit als materialer Kern des Unrechts die Treuwidrigkeit oder -modern ausgedrückt (Anm.215) - der Abfall des Täters von Gesinnungswerten und vorgesetzten Maßstäben.

- 213. Nagler " Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit " S. 313 ff.
- 214. Vergl. Freisler " Das kommende deutsche Strafrecht Allg. Teil " S. 24.
- 215. Vergl. bereits Bookelmann "Studium zum Täterstrafrecht" II/72, der den Kern des im Versuch verwirklichten Unrechts im "Abfall von der gebotenen Ordnung" sah. Ferner Gallas ZStW 67/45, der freilich diesen materiellen Kern der Vorwerfbarkeit der Schuld zuordnet" ferner Welzel LB S.77.

Die Treuwidrigkeit war freilich davon abhängig, mit welcher Energie und Raffinesse der Täter sich gegen die Gebote auflehnte, deren Befolgung ihm von der völkischen Gemeinschaft vorgeschrieben war, und es gab daher keinen Grund, innerhalb der Rechtswidrigkeitsprüfung lediglich die Entscheidung über das "Ob" der Pflichtwidrigkeit zu fällen, die Frage nach dem "Wie" aber für die Prüfung der Schuld aufzusparen. Damit wurde zwar die Schuld weitgehend ihres traditionellen Inhalts beraubt (Anm. 216), doch wurde gleichzeitig der Anfang gesetzt für eine Theorie, die weitergehend als die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen und auf anderen Grundlagen fußend, das Unrecht mit personalen Elementen durchsetzte (Anm. 217).

Hinsichtlich der personalen Seite des Unrechts war der Eintritt eines Deliktserfolgs ohne Bedeutung. Ein Anlaß, die Versuchsdogmatik über die Konstruktion subjektiver Unrechtselemente mit einer vornehmlich auf das vollendete Delikt abstellenden Verbrechenssystematik zu vereinbaren, bestand also nicht. Umgekehrt wurde die subjektive Versuchstheorie, deren Richtigkeit man durch die angeblich im Volksempfinden begründete Strafwürdigkeit des untauglichen Versuchs bestätigt glaubte, zur Kronzeugin dafür,

216. Die Nützlichkeit der Trennung von Unrecht und Schuld wurde zum Teil verneint. Gallas in Festschrift für Gleispach S. 53, Schaffstein DStrR 35/98, von Gemmingen JW 1933/2372

217. Lampe " Das personale Unrecht" S. 39 bemerkt zurecht, daß die Lehre vom personalen Unrecht durch die zitierte Schrift von Gallas in der Gleispach-Festschrift zum Durchbruch kam. Zu diesem Wandel Gallas selbst in ZStW 60/378, 379: "Die neue Stellung, die der Einzelne darin (sc. in der national-sozialistischen Gemeinschaftsethik) als ein der völkischen Lebensgemeinschaft Treu und Einsatz sittlich verpflichtetes und für die Erfüllung dieser Pflichten verantwortliches Gemeinschaftsglied einnimmt, konnte auf die Auffassung vom Wesen des Verbrechens als die negative Seite des Gemeinschaftslebens nicht ohne Wirkung bleiben. Die personale Seite des Verbrechens, die Täter-Tat-Beziehung mußte in den Vordergrund der Betrachtung rücken. Hatte sich der Einzelne vom normunterworfenen Rechtssubjekt zum Glied einer ethisch verpflichtenden Volksgemeinschaft gewandelt, so konnte auch die verbrecherische Tat nicht mehr allein als Störung der äußeren Ordnung oder als formaler Ungehorsam gegen ein Rechtsgebot erscheinen. Sie mußte vielmehr darüber hinaus zu einem sittlich verwerflichen Tun zu einem Verhalten werden, in dem das erschütterte Verhältnis des Täters zur Gemeinschaft, sein innerer Abfall, seine gemeinschaftswidrige Gesinnung zum Ausdruck kommen." Darüber, daß eine Einordnung der personalen Verbrechenselemente, in die Reihe der subjektiven Unrechtselemente Schwierigkeiten bereitet, vergl. Bockelmann ZStW 60/418.



daß dem als letzte Instanz aller Wertvorstellungen gepriesenen  
völkischen Bewußtsein jene für die Verbrechensdogmatik maßgebenden  
Entscheidungen zu entnehmen seien (Anm.218).

So sehr die teleologische Verbindung des Unrechtsbegriffs mit  
gleichsam axiomatischen Wertvorstellungen neue Möglichkeiten er-  
öffnete, um die subjektiven Elemente in den gesetzlichen Tatbe-  
ständen zu erklären, so deutlich wurde andererseits, daß ein der-  
artiger Unrechtsbegriff mit der Anerkennung des Telos steht und  
fällt. So wie es das "liberalistische Trennungsd Denken" verdrängt  
hatte, mußte auch das Willensstrafrecht fürchten, von neuen Ideo-  
logien verdrängt zu werden. Um den Unrechtsbegriff aus dieser ide-  
ologischen Verklammerung zu lösen, hätten zwei Wege offengestanden.  
Der eine wäre der gewesen, das funktionale Verhältnis zwischen  
Individuum und Gesellschaft aufzudecken und die daraus gewonnenen  
Ergebnisse für die Unrechtslehre nutzbar zu machen. Er wurde vor-  
erst nicht beschritten (Anm.219). Der zweite Weg nahm der Fina-  
lismus.

## V. Der Finalismus.

### 1.) Norm und ontologische Struktur des Handelns

Im einzelnen die Ansichten der Finalisten wiederzugeben, ist be-  
reits deshalb entbehrlich, weil der Finalismus weder in der  
Schweiz noch in Österreich engagierte Anhänger gefunden hat. Er-  
forderlich ist jedoch, die wesentlichen Grundgedanken herauszu-  
stellen, um so in der Lage zu sein, die in der Schweiz und Öster-  
reich vertretenen subjektiven Unrechts- bzw. Versuchslehren umso  
sichtbarer vom Finalismus abgrenzen zu können.

218. Von Gemmingen DStrR 1935/106: "Für die Strafrechtssystema-  
tik" ist "die Rechtswidrigkeit des völlig untauglichen  
Versuchs d a s Problem der Gegenwart".

219. Ansätze bereits bei Eberhard Schmidt in von Liszt-Schmidt  
LB 26.Aufl.S. 157. Daß ein derartiges Vorgehen heute im  
Zuge der im Zeichen der Soziologie stehenden Zeit liegt,  
bedarf keiner näheren Darlegung.



Der Grundgedanke des Finalismus besteht darin, in den ontologisch vorgegebenen Handlungsstrukturen eine Entsprechung der personellen Unrechtselemente zu finden, auf welche die Lehre von der Rechtswidrigkeit aufbauen kann und aufbauen muß. Die Hoffnung ging dabei dahin, die Unrechtslehre vom wechselhaften Schicksal der Ideologien unabhängig zu machen und sie an etwas zu binden, an dem das Gesetz unter keinen Umständen vorbeigehen kann. (Anm. 220) Welzel fand diesen Anknüpfungspunkt in der Finalität des Handelns, d.h. in der Überdetermination des Kausalverlaufs im Willen des Täters.

Daß der Willen für die Handlung maßgebliche Bedeutung hat, wurde auch von den Vertretern der sog. natürlichen Handlungslehre nicht verkannt (Anm. 221). Körperbewegungen eines Schlafenden, Reflexe eines Bewußtlosen, Zuckungen eines Nervenkranken wurden niemals als Handlungen angesehen, wegen derer der Täter zur strafrechtlichen Verantwortung hätte gezogen werden können. Die Tatsache, daß die Willentlichkeit notwendiger Bestandteil der Handlung war, legte es nahe, auch bei der Beurteilung der Handlung von der Willentlichkeit auszugehen und sie in den Mittelpunkt der Wertung zu stellen. Mit logischer Notwendigkeit ergab sich freilich nicht der Zwang, die Ergebnisse einer ontologischen Betrachtungsweise innerhalb der rechtlichen Wertung zu verwenden - das Recht kann sehr wohl die sachlogischen Strukturen unberücksichtigt lassen, ohne dadurch sogleich zum Unrecht zu werden (Anm. 222).

220. Vergl. Welzel "Naturrecht und materiale Gerechtigkeit" 4. Aufl. S. 244: "Die Struktur der menschlichen Handlung ist die Möglichkeitsvoraussetzung für Wertungen, die sinnvoller Weise nur Handlungen wertungen sein können". Derselbe "um die finale Handlungslehre" S. 7: "Finalität ist ein ebenso ontologischer Begriff wie die Kausalität". Derselbe NJW 1968/426: "Wenn das (die Finalität) das allgemeine Strukturprinzip der menschlichen Handlung ist, so muß es auch das Strukturprinzip des strafrechtlich relevanten, Tatbestandsmäßigen sein".

221. Vergl. von Liszt-Schmidt LB 26. Aufl. S. 154 ff, Radbruch der Handlungsbegriff S. 73, 125, Beling die Lehre vom Verbrechen S. 9 ff, Mezger LB 1. Aufl. S. 95 ff, von Hippel Deutsches Strafrecht II/129.

222. Als sachlich notwendig hat allerdings Engisch die Verbindung der Handlungstheorie "mit dieser oder jener Philoso-

Wohl aber lassen sich Gründe aufführen, die es geraten erscheinen lassen, den Einklang von Recht und Sein herzustellen. Diese liegen in dem Nachweis, daß in dem Gesetz tatsächlich die "anthropologische Grundkategorie" (Anm. 223) der Finalität beachtet worden ist.

Die Finalisten glaubten diesen Nachweis erbringen zu können, indem sie auf die Versuchsbestrafung hinwiesen. Ohne Rückgriff auf die Vorstellungen und den Willen, die den Täter bei dem Versuch geleistet haben, kommt die Versuchsdogmatik nicht aus, wobei diese Vorstellungen in nichts anderem bestehen als in der Überdetermination des Geschehens. Sie erschöpfen sich also

phie " bezeichnet - Kohlrausch Festschrift S. 149. Den Theorien Welzel's folgte Engisch freilich nicht. Zu seiner Kritik vergl. Stratenwerth AT RdNr 250 (S. 88).

223. Roxin ZStW 74/515 ff., 523. Roxin zeigt deutlich, daß die Finalisten die Bedeutung dieser Grundkategorie für eine (wertbestimmte) Strafrechtsdogmatik überschätzen. Dies gilt nicht nur für die Versuchsdogmatik, in der der Wille zwar im Mittelpunkt der Bewertung steht, wo sich inessen gerade zeigt, daß es dabei um die Auffassung des Unrechts und nicht um einen den Tatbeständen vorgelagerten Handlungsbegriff geht, dies gilt vielmehr schlechthin, da die Überdetermination bei einer Handlung, soweit sie sich auf die Steuerung von Kausalfaktoren allein bezieht, für die strafrechtliche Wertung noch keine Bedeutung hat. Erst durch seine sozialen Bedeutungsgehalte gewinnt ein Verhalten eine strafrechtliche Relevanz. Diese Tatsache führt in der finalen Handlungslehre - wie Roxin aaO. S. 532 eindringlich demonstriert - zu dem kaum zu bewältigenden Problem, in welchem Zusammenhang das Verhalten auf seine soziale Adäquanz hin zu überprüfen ist. Einen ganz ähnlichen Gedanken hatte übrigens bereits Delaquis in seiner Kritik an der Versuchslehre Kohler's geäußert (Der untaugliche Versuch S. 102): "Der Wille geht doch auf den Erfolg und nicht nur auf die Muskelbewegung, die Handlung ohne rechtliche Qualifikation. Gibt A einem anderen Zucker in der Meinung, daß der Zucker in der betreffenden Menge tödlich wirke, so ist doch verbrecherischer "deliktloser" strafrechtlich relevanter Wille gegeben, denn der Wille geht eben auf die Tötung und nicht auf das Geben des Zuckers allein, an und für sich, obschon ja dieses naturgemäß das allein Sichtbare, also primär Feststellbare ist".

nicht in der bloßen Willentlichkeit der Handlung, sondern umfassen auch deren Gerichtetheit (Anm. 224). Das bedeutet in den Augen der Finalisten, daß die Berücksichtigung der Finalität der Handlung durch die gesetzliche Regelung des § 43 StGB offenbar ist und daß sich damit das Gesetz überhaupt zur Beachtung der ontologischen Handlungsstrukturen bekannt hat.

Im Gegensatz zu der Unrechtstheorie, die von einem unter naturwissenschaftlichen Vorzeichen errichteten kategorialen System ausgegangen war (Anm. 225) und sich schließlich zu einem teleologischen System emanzipiert hatte, bezeichnet die Wendung zum Seienden im Finalismus den vorläufigen Endpunkt einer Entwicklung, in der die Rechtswidrigkeit in erster Linie als Normverletzung verstanden wurde. Freilich stützt sich der Finalismus zur Begründung seiner inneren Berechtigung nicht ausschließlich auf die These, daß an dem ontologischen Begriff der Finalität nicht vorbeizukommen sei.

224. So z.B. Busch "Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre" S. 14 ff.

225. Vergl. die Einteilung von Radbruch in Festgabe für Frank I S. 162.

Bevor die Frage aufgeworfen werden kann, inwieweit die vorgegebenen Handlungsstrukturen bei einer Bewertung zu berücksichtigen sind, muß erst geklärt werden, ob die Handlung überhaupt Objekt der Wertung ist. Daß sich dies nicht von selbst versteht, zeigt deutlich die Entwicklung der Unrechtsdogmatik, in deren Verlaufe es starke Bestrebungen gab, die Wertung auf die Erfolgsseite der Tat zu beschränken (Anm.226).

Es muß daher zunächst die Entscheidung fallen, ob es für die Unrechtsdogmatik überhaupt erforderlich ist, die Struktur der Handlung zur Diskussion zu stellen, und dazu ist es wiederum notwendig, auf den Gehalt der Normen zurückzugehen. Diese Untersuchung hat insbesondere Armin Kaufmann vorgenommen (Anm.227).

Sein Ausgangspunkt war die Feststellung, daß die Norm in ihrer Wirkungsweise nur recht zu verstehen ist, wenn man ihren verpflichtenden Charakter im Auge hat. (Anm.228) Damit stimmte er Binding bei, der in der Norm einen "verbindlichen Befehl/rechtlichen Inhalts" gesehen hatte (Anm.229). Die These, das Recht enthalte keine Verpflichtungen, wie sie Binder (Anm.230) vertrat, lehnte er ab.

226. Vergl. etwa Nagler in Festschrift für Binding S.286 ff, 306, 332. Diese Beschränkung auf die äußere Tatseite als Wertungsobjekt mag ihrerseits durchaus auf eine Fehleinschätzung der ontologischen Vorgegebenheiten zurückzuführen sein, und Welzel mag mit der Feststellung recht haben, daß die objektive Versuchslehre "Ausfluß des Kausaldogmas in der Versuchslehre" ist ( Die subjektive Versuchslehre war es in ihren Anfängen nicht weniger). Die Tatsache, daß ein "Kausaldogma" erkannt wurde, indem ihm die Stellung eines herrschenden Prinzips eingeräumt wurde, besagt aber nichts weiter, als daß eben der Wertung falsche Wirklichkeitsvorstellungen gegenübergestanden haben, doch ist daraus keineswegs zu schließen, daß schlechthin etwas falsches gewertet wurde. Mit anderen Worten: Die ontologischen Vorgegebenheiten sagen nichts darüber aus, was zu werten ist.

227. Armin Kaufmann " Lebendiges und Totes in Binding's Normentheorie " 1954.

228. Armin Kaufmann aaO. S. 46, 49, 102, 105. Als " Normsubjekt " ist der Mensch "Sollträger" . Ähnlich Welzel LB S. 5.

229. Binding Normen I/45 Anm. 19.

230. Rechtsnorm und Rechtspflicht S. 47.

Für Kaufmann ging es nun um zweierlei: um die Vermeidung der Einseitigkeiten der Imperativentheorie (Anm.231) und um die Verknüpfung von Verpflichtung und Handlung. Auch hier sah er den ihm richtig erscheinenden Weg bereits von Binding vorgezeichnet. Er bestand in der Betonung der Bewertungsfunktion der Norm neben der Bestimmungsfunktion (Anm.232). Die Verpflichtungen durch die Norm werden nicht um ihrer selbst Willen ausgesprochen. Das aber, so schloß Kaufmann, heißt, daß den Befehlen Wertungen vorausgehen (Anm.233). Diese beziehen sich entweder auf bestimmte Sachverhalte oder aber lediglich auf bestimmte Akte als solche. Sinnvoll erschien ihm diese Wertung jedoch nur, wenn sie von vornherein im Hinblick auf Handlungen vorgenommen wird, die gleichzeitig auch jene im Ungehorsam erscheinende Beziehung zur Norm als verpflichtendem Gebot enthalten, d.h. wenn der Aktwert als solcher gewertet wird (Anm.234). "In Bezug auf die Handlung fallen Bestimmungs- und Bewertungsnorm zusammen" (Anm.235). Daß nur die Handlung sinnvollerweise zum Objekt von Wertung und Befehl gemacht werden kann, zeigt sich wiederum daran, daß sich Befehl nicht an "blinde" Kausalabläufe richten können, daß sie vielmehr nur steuernd auf das Handeln einzuwirken vermögen (Anm.236).

231. Die einseitige Betonung der Bestimmungsfunktion führte zum Adressatenproblem. Kaufmann versucht dieses Problem durch die Betonung der Wertseite der Norm zu umgehen.

232. Kaufmann aaO. S. 67 ff.

233. Kaufmann unterscheidet 3 Wertungsstufen: 1. Wertung der Rechtsgüter 2. Entsprechende Wertung des Geschehens 3. Wertung des durch seine Finalität aus der Reihe des Geschehens hervorgehobenen Menschenwertes (S.69-70).

234. Sein Ergebnis lautet, (aaO. S.77): "Jeder Norm geht ein Werturteil voraus. 2. Dieses Werturteil und die Norm haben denselben Gegenstand. 3. Normen sind aus Werturteilen über Akte gebildet."

235. Welzel ZfStaatsW. 97/382. Es heißt an dieser Stelle weiter: " Der Gegenstand der strafrechtlichen Bewertung ist die H a n d l u n g , nicht der bloße Erfolgssachverhalt; die strafrechtliche Bewertungsnorm ist darum kein bloßes Sein-Sollen, sondern, da es H a n d l u n g ist, die "sein" soll, eben ein Handeln- oder Tun-Sollen".

236. Kaufmann aaO. S. 105, anders noch Weber " Zum Aufbau des Strafrechtssystems " S. 9: "Er ( so. der Gesetzgeber ) kann entweder die Norm lediglich auf äußeres Geschehen abstellen und ein für einen Erfolg ursächliches Verhalten verbieten oder aber er kann den Willen des Täters zugrundelegen und ein auf einen Erfolg gerichtetes Verhalten unter Strafe stellen".



Damit aber ist der Gedankenkreis geschlossen: Wesen der Norm ist Verpflichtung; um als Befehl zu wirken, bedarf die Norm vorhergehender Wertungen; Befehl und Wertung beziehen sich auf das gleiche; Gegenstand von Befehl und Wertung muß die Handlung sein; diese steuert der Täter durch finale Überdetermination des Kausalablaufs

Dieser Gedankengang steht und fällt mit der Voraussetzung, daß der Unrechtscharakter der Tat nur aus der Verpflichtungsfunktion der Norm zu verstehen ist und daß die gesetzlichen Tatbestände dieses Unrecht in entsprechender Form umschreiben.

Die verpflichtende Wirkung der Norm kann selbstverständlich nicht ihrerseits aus der ontologischen Handlungsstruktur entnommen werden, denn mag das Verständnis der Norm als Befehl die Berücksichtigung der finalen Struktur der Handlung voraussetzen, so kann nicht umgekehrt die Tatsache der Finalität zu Rückschlüssen auf das Wesen der Normen berechtigen. Daß die Tatbestände ein als Pflichtwidrigkeit zu bezeichnendes Unrecht umschreiben, ist nun allerdings die These der Finalisten, die dem Erfolgsunwert nur eine unselbständige Funktion neben dem Aktunwert einräumen (Anm.237).

Da bei der Fahrlässigkeitstat die Größe des angerichteten Schadens, der Erfolgsunwert, auf das Maß der Sorgfaltspflichtverletzung, des Handlungsunwerts, keinen direkten Einfluß hat, bleibt das Verhältnis von Sachverhalts- und Handlungsunwert bei den Finalisten jedoch

237. Vergl. zuletzt Welzel LB S.62: " Der personale Handlungsunwert ist der generelle Unwert aller strafrechtlichen Delikte. Der Sachverhaltsunwert .... ist ein unselbständiges Moment bei zahlreichen Delikten...." und ferner S. 129 ff, 136: " Zum Handlungsunwert gehört hier (sc. im Unrecht des fahrlässigen Delikts) ein Erfolgsunwert." Hier aber heißt es weiter: " Mit ihm kommt eine neues zusätzliches Tatbestandsmerkmal ins Spiel, das im Handlungsunrecht nicht notwendig enthalten ist..... Der Handlungsunwert als solcher kann weder durch das Hinzutreten des Erfolgsunwerts gesteigert noch durch dessen Ausbleiben gemindert werden."

ungeklärt. Die Untersuchung der einzelnen Tatbestände auf den aus ihnen zu folgernden Unrechtsbegriff hin rückt damit notwendig in den Mittelpunkt. Das bedeutet, daß auch ein neuer Ansatz bei der Handlungslehre erforderlich ist (Anm.238) und daß aus der Finalität der Handlung für den Unrechtsgehalt einer Tat unbesehen keine Rückschlüsse gezogen werden können, denn da es gilt, an Hand der Tatbestände den Verpflichtungscharakter der Gesetze nachzuweisen, kann auch eine dem Verpflichtungscharakter der Normen entspringende Handlungslehre (und sei sie auch ontologisch begründet) einem Verbrechensaufbau nicht zugrundegelegt werden (Anm.239). Die systematische Funktion des Handlungsbegriffs, gleichgültig, ob er einen ontologischen Sachverhalt zum Ausdruck bringt, hängt "von der Begriffsbestimmung des Unrechts" (Anm.240) ab.

So zweifelhaft die ontologische Grundlegung der finalen Handlungslehre sein mag, so zweifellos ist es aber, daß die Betonung

238. In dieser Richtung Gallas ZStW 67/ 14, 15: " Erst über eine bestimmte Handlung läßt sich etwas Inhaltliches aussagen, das sich nicht wiederum nur in der Feststellung ihrer Handlungsqualität erschöpft. Daraus folgt, daß nicht schon die Handlung i.S. des allgemeinen Handlungsbegriffs, sondern erst die tatbestandsmäßige, d.h. die im Tatbestand beschriebene konkrete Handlung selbständiges Aufbauelement des Begehungsdeliktes sein kann". Für den allgemeinen Handlungsbegriff verbleibt nach Gallas nur die Funktion, das auszuschalten, was von vornherein nicht Handlung ist.

239. Armin Kaufmann hat sich um den Nachweis bemüht, daß Normen verpflichten und daß im Hinblick auf Normen die finale Handlungslehre "stimmt". Doch damit ist wenig gewonnen, solange nicht der Nachweis erbracht ist, daß auch die positiv-rechtlichen Tatbestände das ausdrücken, was die hinter ihnen stehenden Normen fordern, daß also die Gesetze normgerecht gefaßt sind. Dieser Nachweis fehlt nach meinem Eindruck, und er wird wohl auch nicht zu erbringen sein, solange die Gesetze nicht als Gefährdungsverbote gefaßt sind. In diesem Fall aber kann die Handlungslehre nicht auf Norminhalte abgestellt werden, sondern sie bleibt von der Fassung der einzelnen Tatbestände abhängig.

240. So Gallas ZStW 67/15 Anm. 14.

des selbständigen Handlungsunwerts (Anm.241) gerade beim Versuch das Wesentliche trifft. Zunehmend hat die Lehre daher auch ihre Aufgabe darin gesehen, den Unrechtsgehalt der tatbestandlich umschriebenen Delikte den einzelnen Gesetzen zu entnehmen; selbst auf die Gefahr hin, daß ein einheitlicher Unrechtsbegriff verloren geht. Als Ansatzpunkt für eine derartige Untersuchung bot sich der Versuchstatbestand besonders an, denn nach langer Auseinandersetzung über die objektive und subjektive Versuchstheorie, hatte sich schließlich die fast einhellige Überzeugung durchgesetzt, (Anm.242), daß der Versuch ohne Rücksicht auf seine Tauglichkeit strafbar sei.

Damit hatte sich eine vollkommen neue Situation ergeben: War man früher bestrebt, den Versuchstatbestand in die allgemeine ( und als einheitlich verstandene) Unrechtssystematik einzugliedern, sah man mit anderen Worten eine innere Abhängigkeit der Versuchsdogmatik vom Unrechtsbegriff, war das Verhältnis nunmehr vertauscht: Die Versuchsdogmatik wurde präjudiziell für den Unrechtsbegriff, jedenfalls soweit er dann wiederum in der Versuchsdogmatik Verwendung finden sollte.

241. Dafür, daß es sich bei der finalen Handlungslehre vielmehr um eine personale Unrechtslehre dreht: Krauß ZStW 76/38 ff, Jescheck LB S.164, ähnlich bereits Mezger NJW 53/3 ff: " Was zum Unrecht gehört, bestimmt sich "nicht nach dem ontologischen Sachverhalt, sondern nach dem normativen Wortungsakt".
242. Für eine objektive Versuchstheorie in jüngerer Zeit wieder Spendel NJW 65/1881, derselbe in ZStW 65/519, ZStW 69/441 Festschrift für Stock 1966 S.89. Weiterhin Dicke JuS 68/157. Die moderne objektive Versuchstheorie begründet ihre Ansicht, abgesehen von ihren Angriffen auf den sogenannten Umkehrschluß aus § 59 StGB (dazu s.o. S.59 ) vor allem mit dem Hinweis auch die angeblich von der subjektiven Lehre mißachteten rechtsstaatlichen Erfordernisse. Ausgehend von der Gleichung Täterstrafrecht = Gesinnungsstrafrecht und unter Hinweis auf die Notwendigkeit exakt beschriebener Tatbestände im Hinblick auf den Grundsatz " nullum crimen sine lege " wird die objektive Lehre als Garant " der staatsbürgerlichen Freiheit" und als " zur Wahrung der Rechtssicherheit" geeignet dargestellt (Spendel NJW 65/1882). Der anklingende Vorwurf, die subjektive Lehre beruhe noch heute auf der Leugnung des Gefahrbegriffs (Spendel NJW 65/1884 ) ist sicherlich unbegründet, denn selbstverständlich zieht die "Anerkennung" des Gefahrbegriffs nicht die Notwendigkeit nach sich, ihn der Versuchsdogmatik zugrunde zu legen.

Will man es nicht bei einer unreflektierten Übernahme der reichsgerichtlichen Rechtsprechung in § 43 StGB bewenden lassen, wird man jedoch zu fragen haben, ob die subjektive Versuchstheorie, wenn auch nicht durch einen vorher festgelegten Unrechtsbegriff, so doch durch bestimmte, dem Versuchsbegriff immanente Gründe gerechtfertigt ist. Dabei wird von vornherein nicht zu erwarten sein, daß die subjektive Versuchslehre mit logischer Notwendigkeit aus den dem Versuchsbegriff innewohnenden Bedeutungsinhalten abzuleiten ist. Die Entwicklung eines "Models" der Willenshandlung auf philosophisch-psychologischer Grundlage (Anm.243) ist im Hinblick auf den Versuchstatbestand dennoch nicht nutzlos.

## 2.) der Versuch als "soziale Realität"

Zwei Elemente sind dem Versuch offenbar wesentlich: das Wollen und die Ausführung. Beide Elemente sind in § 43 StGB genannt. Ohne Beachtung der "inneren Gerichtetheit des Handelnden auf eine Zielhandlung" (Anm.244) ist ein Versuch ebenso wenig denkbar (Anm.245) wie ohne Beachtung der Ausführung. Damit steht fest, daß der Versuchsbegriff sich einer rein objektiven Unrechtsauffassung wider-

243. Vergl. Fiedler "Vorhaben und Versuch im Strafrecht" S.60ff

244. Fiedler aaO. S. 66.

245. Erfolgreich können diese Bemühungen nicht sein, denn es gilt noch immer der Einwand Finger's (GS 97/391): " Kann unter Umständen die Entscheidung der Frage, ob ein Vorgang rechtswidrig ist nicht oder nicht ohne Heranziehung von dem Innenleben eines Menschen angehörenden Momenten auch rein theoretisch nicht getroffen werden, dann ist der Nachweis erbracht, daß dieses Moment ein wesentliches Stück des der Beurteilung unterliegenden Gegenstandes ist." Daß dies der Grundgedanke bei der Entwicklung des subjektiven Unrechtselementes war, ist bereits ausgeführt worden. Auf das hier zu lösende Problem ist der Satz dahin abzuwandeln, daß ein subjektives Moment bei der Bewertung eines Verhaltens dann berücksichtigt werden muß, wenn ohne seine Berücksichtigung das Verhalten begrifflich (d.h. hinsichtlich seiner Tatbestandsmäßigkeit) überhaupt nicht erfaßt werden kann.

gesetzt und die Frage kann nur noch lauten, ob dem subjektiven Gehalt des Versuchstatbestandes ein derartiges Gewicht eingeräumt werden soll, daß objektive Elemente (außer der Ausführung als solcher) keine Bedeutung mehr beanspruchen können, mit der Folge, daß also eine Gefährdung nicht notwendig vorliegen muß, daß vielleicht sogar im abergläubischen Versuch (Anm.246) strafwürdiges Unrecht liegt. Um diese Frage zu beantworten, dürfte die Feststellung allein, daß eine "innere Gerichtetheit des Handelnden auf eine Zielhandlung " gegeben ist, nicht ausreichen. Die Hoffnung ohne Wertungen auskommen zu können, scheint sich als Selbsttäuschung zu erweisen.

Fiedler allerdings glaubte, diese Wertungen auf reale, sich aus der Natur der Sache ergebenden Sachverhalte zurückführen zu können. Zunächst stellte sich ihm die Frage nicht mehr dahin, wann ein Verhalten das Maß des Unrechts erfüllt, -das wäre offenkundig ein reines Werturteil - sondern wann ein Vorhaben real wird. Diese Frage beantwortete er dahin, daß bereits die "innere Gerichtetheit des Handelnden" real sei. Damit aber gab er sich nicht zufrieden, sondern er untersuchte die Realität genauer und meinte, in ihr eine Abstufbarkeit zu entdecken. Anknüpfend an Lewin (Anm.247) fand er den Grund der Abstufbarkeit darin, daß der Inhalt des Vorhabens- der intentionale Gegenstand von der Societät verschieden beurteilt wird.

Seiner Ansicht nach wird dieses Urteil unbeeinflusst von der Erfolgsaussicht des Vorhabens gefällt. Das bedeutet, daß auch der untaugliche Versuch soziale Realität enthält; abergläubische Vorhaben dagegen sind von vornherein "irreal" (Anm.248). Das Ergebnis dieser Überlegungen ist, daß eine subjektive Versuchslehre, wie sie vom Reichsgericht vertreten wurde, für sich in Anspruch nehmen

246. Trotz aller Versuche, die Straflosigkeit des abergläubischen Versuchs mit einem wesensmäßigen Unterschied zum untauglichen Versuch zu erklären, wird man um die Erkenntnis nicht herumkommen, daß der Unterschied nur ein gradueller ist und daß dieser in einer verschiedenen großen (Täter) Gefährlichkeit besteht.

247. Fiedler verweist auf Lewin " Topological Psychology" S. 196.

248. Fiedler a.a.O. S. 75 ff., 85



kann, mit den Anforderungen, die an die soziale Realität eines Vorhabens gestellt werden müssen, übereinzustimmen.

Beruht diese Ansicht aber nicht auf Zirkelschlüssen? Welcher Art ist die Realität, die mit sozialer Realität umschrieben wird, ist es insbesondere eine Realität die die Behandlung der Theorie Fiedler's neben der Behandlung des Finalismus, der auf andere Realitäten abstellt, rechtfertigt oder ergibt sich das Urteil über die soziale Realität tatsächlich ohne Rücksicht auf die (abstrakte oder konkrete) Möglichkeit des Erfolgeintritts?

Bereits die Antwort auf die zweite Frage kann weitreichende Konsequenzen haben:

Wäre das Urteil über die soziale Realität von der Erfolgsmöglichkeit des Vorhabens abhängig, müßte die von Fiedler bereits als beantwortet angesehene Frage neu aufgeworfen werden, inwieweit der untaugliche Versuch ein sozial-reales Vorhaben ist. Es würde sich daraufhin die Debatte über Zulässigkeit und Grenzen der Abstraktion von den konkreten Umständen, unter denen das Vorhaben durchgeführt werden soll, erneut erheben, und der Versuch, durch ein Modell der Fehlhandlung, das sich auf das allgemeine Verständnis bestimmter Begriffe stützt, dieser Diskussion zu entgehen, wäre gescheitert. Bei näherem Zusehen wird man an dieser Einsicht nicht vorbeikommen.

Wie sollte sich nämlich die Irrealität eines abergläubischen Versuchs oder besser eines Vorhabens abergläubischer Handlungen von sich aus herausstellen? In "primitiven" Gesellschaften haben magische Handlungen durchaus soziale Realität (Anm.249) und in der zivilisierten Gesellschaft wird ein Gebet wenigstens unter Gläubigen ebenfalls als in diesem Sinn "real" beurteilt. Erst wenn um

den Tod eines Feindes gebetet wird, entfällt nach Fiedler die Realität. Aus welchem anderen Grund aber soll dies geschehen, als aus dem, daß eine allgemeine Überzeugung für die Nutzlosigkeit eines derartigen Gebets herrscht. Noch deutlicher ist dies bei dem ebenfalls unter die Rubrik des irrealen eingereihten Vorhabens "extrem törichter Handlungen" (Anm.250). Anders als im Hinblick auf den Inhalt dieser Vorhaben läßt sich deren Irrationalität und damit Irrealität überhaupt nicht feststellen.

Angesichts dessen steht die Entscheidung, ob es bei der Realität eines Vorhabens als solchem bewenden soll oder ob an das Vorhaben Anforderungen inhaltlicher Art zu stellen sind, um seine Realität nachzuweisen, noch offen. Bleibt es bei der Feststellung des Vorhabens als solchem, ist dies für die Versuchsdogmatik nutzlos. Wird jedoch auf die soziale Realität abgestellt, müßte geklärt werden, was die Gesellschaft veranlaßt, bestimmte Sachverhalte als "sozial real" zu werten, andere aber nicht. Für den Begriff der sozialen Realität ist eine Wertung durch die Gesellschaft also gerade kennzeichnend (Anm.251), da mit Hilfe dieser Wertung die Realität an der Vernünftigkeit des Vorhabens gemessen wird (Anm.252).

Schon die Vorstellung Fiedler's von einer abgestuften Realität ist nur verständlich, wenn die soziale Realität auf eine Wertung zurückgeführt wird, denn stellt man die Frage nach der Realität als der Wirklichkeit schlechthin, könnte nur eine bejahende oder verneinende, nicht aber eine graduell differenzierte Antwort gegeben werden. Solange es darum ging, die Realität von Vorhaben und

250. Fiedler aaO. S. 85

251. Fiedler bemerkt selbst (aaO S.85), daß es sich bei der sozialen Realität nicht um eine psychologische bzw. ontologische Realität, sondern um eine soziologische Realität handelt. Eine solche beruht m.E. jedoch in erster Linie auf einer gesellschaftlichen Bewertung individuellen oder gesellschaftlichen Verhaltens.

252. Fiedler aaO. S. 106: "Das Vorhaben des Handelnden ist tatbestandsmäßig .... nur, wenn es als tatbestandsmäßiges Vorhaben soziale Realität besitzt, wenn es überhaupt in die Sphäre sozial ernsthaften und ernstzunehmenden, wenn auch vielleicht aus ersichtlichen Gründen zum Mißerfolg verurteilten Handelns und Planens fällt".

Ausführung im Hinblick auf den intentionalen Gegenstand nachzuweisen, ist auch Fiedler in dieser Weise vorgegangen: Die Realität wird in der "erlebten inneren Gerichtetheit des Handelns auf ein Vorhaben" schlechthin gesehen. Erst bei der Konfrontation seines Modells mit dem im Hinblick auf die Rechtsprechung des Reichsgerichts formulierten zweiten Postulat (Anm.253) sah er sich genötigt, die Realität mit der Wertung durch die Gesellschaft zu verknüpfen.

Eine derartige Verknüpfung ist an sich durchaus denkbar. Weit davon entfernt, eine auf Wertung beruhende "Realität" im Rahmen der Gesellschaft zu leugnen, wird gegen die Darlegungen Fiedler's deshalb auch nicht der Vorwurf erhoben, einen überhaupt in die Irre führenden Begriff - die soziale Realität - gebildet zu haben, der Einwand geht vielmehr nur dahin, daß der Begriff der sozialen Realität das Modell der Fehlhandlung nicht ergänzt und richtigstellt, sondern daß er es sprengt.

Der Sinn eines Modells kann nur sein, die Strukturen menschlicher Handlungen nachzuzeichnen, wie sie sich in durch allgemeine Übereinstimmung gebildeten Begriffen ausdrücken, und dieses Bild den Ergebnissen der Rechtspraxis gegenüberzustellen (Anm.254). Um das Maß der Korrespondenz zwischen diesen beiden Ebenen der Betrachtung und Beurteilung festzustellen, ist es nötig, das Modell von normativen Elementen weitgehend freizuhalten. Statt die gewünschte Gegenüberstellung zu erreichen, würde das, was in Erfahrung gebracht werden soll, sonst bereits vorausgesetzt. Daß Fiedler dieser Gefahr erlegen ist, zeigt sich ganz deutlich daran, daß er sich gezwungen sah, in der Korrektur seines Modells der Fehlhandlung die soziale Realität an die Tatbestandsmäßigkeit des Vorhabens zu knüpfen (Anm.255).

253. Das zweite Postulat lautet:(aaO S.67) " Zum strafbaren Versuch ist nicht genügend, daß der Täter das, was er beabsichtigt, für ein Verbrechen hielt ; er muß ein " wirkliches" Verbrechen gewollt haben (Problem des Wahnverbrechens und (1) des abergläubischen Versuchs)".

254. Vergl. Fiedler aaO. S. 20, 101.

255. Fiedler aaO. S.85:" Das Vorhaben des Täters ist ein Verbrechen (bezw. Vergehen), wenn es als tatbestandsmäßiges Vorhaben soziale Realität besitzt."

Um Irrtümer zu vermeiden, sei hervorgehoben, daß Fiedler nicht etwa eine neue Version der Lehre vom Mangel am Tatbestand aus der Taufe gehoben hat. Ausdrücklich hat er - wie bereits dargelegt - betont, daß das Vorhaben als solches schon als real zu beurteilen sei. Es war jedoch ein Fehler, diese Realität dadurch auf den Bereich der " sozialen Realität" einzugrenzen, daß das Vorhaben auf die Tatbestandsmäßigkeit festgelegt wurde. Es kann kein Zweifel bestehen, daß auch andere als tatbestandsmäßige Handlungen soziale Realität besitzen ; (selbst wenn man den auf Wertungen beruhenden Realitätsbegriff in diesem Zusammenhang akzeptiert). Wenn aber die soziale Realität dieser Handlungen von ihrer Tatbestandsmäßigkeit unabhängig ist, gilt dies für Fehlhandlungen nicht weniger. Der Gedankengang Fiedler's läuft darauf hinaus, daß die Tatbestände den Katalog sozial-relevanten Verhaltens enthalten. Das ist aber falsch - allenfalls einen Katalog des strafrechtlich relevanten Verhaltens darf man in den Tatbeständen sehen, doch kann dies mit sozialer Realität nicht gleichgesetzt werden.

Es liegt der Verdacht nahe, daß die Wertungen der "sozialen Realität" nur ins Spiel gebracht worden sind, um die Tatbestandsmäßigkeit mit dem Vorhaben verbinden zu können. Damit wird aber etwas als Modell ausgegeben, was in nichts weiterem besteht als in der Wiederholung des zweiten Postulats in der Form einer affirmativen Definition. Es scheint, daß der beschriebene methodische Mangel sich zwangsläufig einstellt, wenn ein phänomenologisches Handlungsmodell über das Vermittlungsglied soziologischer Sachverhalte mit juristisch-normativem Denken derart verbunden wird, daß es von dort her inhaltlich bestimmt wird. Gerade diese Verbindung muß jedoch hergestellt werden, soll das Modell für den Bereich des Rechts nicht vollkommen vage und unverbindlich bleiben. Solange es nämlich dabei bleibt, die einzelnen Merkmale der Fehlhandlung aufzuspüren, wie sie jedem Mißlingen eigen sind, wenn sich die Untersuchung damit zufrieden gibt, die Realität des

Vorhabens als intentionalen Gegenstand aufzudecken, können die gefundenen Ergebnisse für den Juristen allenfalls insoweit interessant sein, als er einen allgemeinen Einblick in die Struktur der Fehlhandlung geboten erhält. Er ist damit in der Lage zu prüfen, ob seine Vorstellungen über den Strafgrund des Versuchs nicht völlig an der Wirklichkeit vorbeigehen. Präjudiziert wird seine Entscheidung über das Unrecht des Versuchs jedoch nicht. Selbst wenn sich aus dem Modell ergeben sollte, daß ein wesensmäßiger Unterschied bzw. ein Unterschied in der "Realität" zwischen absolut untauglichem Versuch und relativ untauglichem Versuch nicht besteht, so ist er nicht gehindert, aufgrund anderer Überlegungen nur den gefährlichen Versuch für strafbar zu halten und damit den "an sich" nicht bestehenden Unterschied doch zu machen.

Es soll nicht geleugnet werden, daß eine gewisse Geneigtheit besteht, juristische Wertung mit den ontologischen Strukturen des Gewerteten in Einklang zu bringen. Spätestens dann aber, wenn das Modell einer Ergänzung aus anderen Bereichen bedarf, um zu weiteren Rückschlüssen dienen zu können, wird offenbar, daß der Jurist seine Wertungen nicht aus dem Modell beziehen kann, da dieses eben dieser Wertungen selbst bedarf und damit den ursprünglichen Wert eines Modells verloren hat. Aus dem allgemeinen Modell der Fehlhandlung läßt sich - selbst wenn man gewillt wäre, aus den aufgezeigten Strukturen ohne weiteres die benötigten Wertungen zu entnehmen - nicht erschließen, ob etwa der abergläubische Versuch strafwürdig ist oder nicht, ob das Wahndelikt bestraft werden soll oder nicht. Hier zeigt sich das Modell indifferent. Alle Elemente, um die es erweitert und mit dem es präzisiert wird - die sog. Realität und die Tatbestandsmäßigkeit - sind Fremdkörper, die nicht am eigenen Stamm gewachsen sind. Alle Merkmale, die darüber entscheiden, ob das Fehlverhalten im Hinblick auf § 43 StGB relevant wird, stammen aus der mancherlei Wandlungen unterworfenen Späre rechtlicher Beurteilung. Das Modell ist so zu einem Wechsel-



balg geworden, der letztlich über eine Neuformulierung des § 43 StGB nach den der Rechtsprechung entnommenen Postulaten nicht hinauskommt und über die Berechtigung und den Sinn einer solchen Regelung und somit über die eigentliche entscheidende Frage nicht einmal ansatzweise Auskunft geben kann. Der Wert des Modellbegriffs auf den Fiedler so große Hoffnungen gesetzt hat, ist daher nicht recht zu erkennen, solange er ontologische Sachverhalte mit konkreten, jedoch aus sich selbst nicht begründeten Postulaten verquickt. Das aber ist andererseits die notwendige Voraussetzung dafür, daß überhaupt Lösungen - wenn auch nur Scheinlösungen - angeboten werden können, die einzelne Probleme betreffen.

Wie stünde es aber, wenn es gelänge, die soziale Realität eines deliktischen Verhaltens auf das funktionale Verhältnis von Gesellschaft und Rechtsbrecher zurückzuführen ?

Das Modell der Fehlhandlung ist doch offenbar deswegen in die Mühle von Zirkelschlüssen geraten, weil die durch die soziale Realität ausgedrückten Wertungen mit den Ergebnissen der Rechtsprechung gleichgesetzt wurden. Es liegt auf der Hand, daß die Rechtspraxis auf dieser Grundlage nicht mehr auf die Berücksichtigung der sozialen Realitäten eines Verhaltens überprüft werden kann. Wenn es aber möglich wäre, der sozialen Realität einen anderen als den positivistischen, durch die Rechtspraxis gebildeten Inhalt zu entnehmen, wenn es möglich wäre, soziale Wertungen als Überbau sozialer Verhältnisse zu entschlüsseln, dann wäre ein Maßstab gewonnen, an dem sich gegebenenfalls die Strafwürdigkeit eines Verhaltens messen ließe. Auf diesem Wege haben die Vertreter der sog. sozialen Handlungslehre nach Lösungen gesucht, und es erweist sich nunmehr bei genauerem Hinsehen, daß auch Fiedler, der scheinbar nach der Struktur und der Realität der Fehlhandlung gesucht hat, nur eine Brücke zwischen einer ontologisch und einer soziologisch fundierten Handlungslehre schlagen wollte.

## VI. die soziale Handlungslehre und das Problem des untauglichen Täters.

Ein erster Anlaß für die Entwicklung einer sozialen Handlungslehre war das Bemühen, dem gegen die Vertretung der kausalen Handlungslehre erhobenen Vorwurf des "Naturalismus" entgegenzutreten (Anm. 256) und die Handlung " nicht als physiologisches Phänomen unter naturwissenschaftlichen Gesichtspunkten, sondern als soziales Phänomen in seiner " Wirkungsrichtung auf die soziale Wirklichkeit hin " " zu begreifen (Anm. 257). Hinzu trat die Überzeugung, daß ein einheitlicher Handlungsbegriff für Tun und Unterlassen nur unter Aufgabe der Verankerung des Handlungsbegriffs an den beiden ontologischen Grundkategorien Kausalität und Finalität zu erreichen sei (Anm. 258). Erst ein "übergeordneter Gesichtspunkt wertender Art " kann die " im Seinsbereich unvereinbaren Elemente im normativen Bereich" zusammenfügen. "Handlung ist danach sozial-erhebliches menschliches Verhalten" (Anm. 259).

Es kann hier dahingestellt bleiben, ob der Handlungsbegriff sinnvollerweise mit derartigen Wertungen verknüpft wird und es kann auch offenbleiben, ob nicht in Wirklichkeit zwischen Handlungs- und Rechtswidrigkeitsbegriff ein dritter Begriff in Gestalt der Sozialerheblichkeit geschaffen wurde, der zwar die Aufgabe erfüllen

256. von Liszt - Schmidt LB 26. Auflage S.153 Anm.

257. von Liszt - Schmidt LB 26. Auflage S.153 Fußnote mit Hinweis auf G.Husserl "Negatives Sollen im bürgerlichen Recht".S.8.

258. Von der Unmöglichkeit, einen einheitlichen Handlungsbegriff für Tun und Unterlassen zu bilden, war bereits Radbruch("Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem" S.131 ff) überzeugt. Vergl. weiterhin Gallas ZStW 67/8, Armin Kaufmann Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte S.66 ff , Roxin ZStW 74/547 ff.

259. So Jescheck LB S.153 mit Nachweisen für weitere Vertreter des sozialen Handlungsbegriffs. Ebenso vor allem Maihofer "Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem" ferner in Festschrift für Rittler S.141 ff und in Festschrift für Eberhard Schmidt S.159 ff.

mag, die ihrer Struktur nach verschiedenen Verhaltensformen Tun und Unterlassen unter einem gemeinsamen Gesichtspunkt zu fassen, um sie einem einheitlichen Unrechtsbegriff gegenüber stellen zu können, der aber andererseits kaum in die Verbrechensdogmatik einzuordnen ist. Diese systematische Frage verliert an Bedeutung, wenn man berücksichtigt, daß die im Hinblick auf das Vorliegen einer Handlung getroffenen Wertungen nicht ohne Rückwirkung auf die innerhalb der Rechtswidrigkeit zu vollziehenden Wertungen sein können. Es stellt sich nämlich die Frage, was sozial erheblich ist. Die Beantwortung dieser Frage müßte auch das Problem zu lösen helfen, was sozial schädlich, was rechtswidrig ist und dies wiederum gäbe einen Hinweis auf das Unrecht im Versuch.

Hier zu einer Erklärung beizutragen hat sich vor allem Maihofer bemüht (Anm.260). Ihm lag daran, den Handlungsbegriff von der aktuellen Finalität zu trennen und ihn an allgemein gültigen Maßstäbe zu binden. Nicht die aktuelle Finalität bezeichnet seiner Meinung nach den gemeinsamen Handlungscharakter sowohl des wissentlichen und willentlichen als auch des nicht wissentlichen und nicht willentlichen Verhaltens, sondern die als "potentielle Finalität umschriebene Möglichkeit zur Zwecktätigkeit" (Anm.261). "Um diese Steuerbarkeit des Verhaltens nachzuweisen soll nach Ansicht Maihofers nun nicht auf die Fähigkeiten eines bestimmten Menschen sondern darauf abgestellt werden, " was Menschen überhaupt zu

260. Vergl. die Nachweise in der vorangegangenen Anmerkung.

261. Maihofer in Festschrift für Eberhard Schmidt S. 173.

"leisten" und nicht zu leisten vermögen." (Anm.262) Keine Handlung ist demnach das , was im Sinne dieser sozialen Handlungslehre nicht mehr beherrschbar ist, z.B. Nervenreflexe aber auch der abergläubische Versuch (Anm.263).

Bevor dieses für die Versuchsdogmatik bedeutsame Ergebnis überprüft wird, soll die Brauchbarkeit der dem Handlungsbegriff gegebenen Definition (Anm.264) kurz in anderer Hinsicht kontrolliert werden. Genügt der Handlungsbegriff tatsächlich den Anforderungen einer negativen, Reflexe aus dem Bereich der Handlung ausschließenden Funktion?

Angenommen, jemand fährt mit seiner Hand über einen Tisch und wirft eine Vase herunter, so wird jedermann geneigt sein, darin eine Handlung zu sehen, denn auf den ersten ( und nach der sozialen Handlungslehre entgeltigen) Blick ist ein objektiv beherrschbarer und vorhersehbarer sozialer Erfolg eingetreten. Wie steht es aber, wenn die Person eine Nervenkrankheit hat und ihre Handbewegungen nicht steuern kann? Jedermann würde nun von einem Reflex sprechen. Maihofer dagegen, der erst im Bereich der Schuld die Prüfung auf die konkret-subjektive Tatseite lenkt, müßte hier nicht nur eine Handlung, sondern sogar eine rechtswidrige Handlung annehmen. Dieses Ergebnis kann einen verständlicherweise nicht sehr für seine Konzeption einnehmen.

Es hat seine Ursache im willkürlichen Abstellen auf das "Menschenmögliche" , das seinerseits durch die unzutreffende Vorstellung

262. Maihofer aaO. S.176. Den Übergang von der Handlungslehre zur Unrechtslehre vollzieht Maihofer folgendermaßen: " Dieser für die Ebene der Handlung grundlegende personale Maßstab des Menschenmöglichen verengt sich für die „Ebene des Unrechts auf den typischen sozialen Durchschnitt des Jemand in bestimmter sozialer Rolle und Lage ..... an Leistung möglichen: Das Jemandmögliche, und nochmals für die Ebene der Schuld auf das diesen individuellen Täter selbst nach seinen persönlichen Einsichten und Fertigkeiten an Leistung mögliche" das Selbstmögliche".

263. Maihofer aaO S. 181.

264. Maihofer aaO. S. 178: " Jedes objektiv beherrschbare Verhalten mit Richtung auf einen objektiv voraussehbaren Erfolg"

hervorgerufen wird, der systematische Deliktsaufbau sei durch das Fortschreiten vom allgemein gültig-objektiven zum individuell - subjektiven Beurteilungsgegenstand gekennzeichnet.

Mit dem Abstellen auf das "Menschenmögliche" ist zugleich eine auf Wertung beruhende, der Adaequanzlehre durchaus ähnlichen Zurrechnung verbunden (Anm.265), die direkten Einfluß auf die Unrechtsdogmatik ausüben soll. Auch bei der Frage nach der Rechtswidrigkeit soll nach Maihofer (Anm.266) der Täter nicht in seiner Individualität und Subjektivität, sondern in der soziologischen Äußerlichkeit interessieren. Einen Unrechtsvorwurf hält Maihofer also dann für zulässig, " wenn wir ihm (sc. dem Täter) mit dieser Tat eine Verfehlung des sozialen (generellen) Sollens am Maßstab des sozialen (generellen) Könnens " zur Last" legen können"(Anm. 267).

Ebensowenig wie im Bereich des Handlungsbegriffs ist jedoch im Bereich der Rechtswidrigkeit das Abstellen auf die Sozialperson gerechtfertigt. Die Individualität des Täters unberücksichtigt zu lassen, ist in einer Vielzahl von Fällen geradezu unmöglich; die soziale Unrechtslehre stößt, wenngleich sie auch den Begriff der Pflichtwidrigkeit verwendet (Anm.268), auf die gleichen Schwierigkeiten, die von der klassischen Unrechtslehre nicht bewältigt werden konnten.

265. So Welzel in der 7.Aufl. des Lehrbuchs S. 39.

266. Maihofer in Festschrift für Rittler S.147.

267. Maihofer aaO. S.153 weiterhin S.154:" Der Unterschied zwischen diesem personalen Vorwurf des Unrechts und der Schuld ist kein anderer als der eines Vorwurfs gegen den Menschen als Sozialperson (MAN ALS) und als Individualperson (DU SELBST)."

268. z.B. Maihofer "Der Unrechtsvorwurf S.157"- das personale Element des Unrechts ist jedoch objektiviert in dem Sinn, daß es auf den Maßstab der "vernünftigen Person in der Position und Situation des Täters " reduziert ist.



Krauß hat nachdrücklich und überzeugend darauf hingewiesen, daß die These Maihofer's , der Handlungsunwert könne ohne Feststellung des vom Täter tatsächlich gefaßten Willensentschlusses erkannt werden, nicht einmal bei objektiv konstruierten Verletzungstatbeständen zutrifft (Anm.269), ganz zu schweigen von subjektiven Rechtfertigungselementen, die nach der Konzeption Maihofer's höchstens als Strafausschließungsgründe im Deliktsaufbau unterzubringen wären.(Anm.270)

Daß eine derartige Zurechnungslehre in der Versuchsdogmatik zu neuen und fruchtbaren Ergebnissen führt, muß bezweifelt werden. Der etwas kühnen Behauptung , der abergläubische Versuch sei nicht einmal als Handlung anzusehen, wird man nur insoweit einen diskutablen Kern zuerkennen können, als in ihr die These steht, der abergläubische Versuch sei nicht sozial relevant. Das ist nun auch freilich die Meinung aller derer, die den abergläubischen Versuch nicht bestrafen wollen, und es fragt sich, ob Maihofer den alten Begründungen eine neue hinzugefügt hat. Bekanntlich laufen die traditionellen Begründungen auf zwei Argumente hinaus, von denen das eine dahin geht, im abergläubischen Versuch liege kein Wollen, sondern nur ein Wünschen, und von denen das andere lautet, in dem abergläubischen Versuch liege keinerlei Gefahr (Anm.271). Das erste Argument geht an den Tatsachen vorbei, denn

269. Krauß ZStW 76/ 33ff.

270. So neben Krauß auch Lampe " Das personale Unrecht" S.70 ff,77

271. Den abergläubischen Versuch für einen Fall des Mangels am Vorsatz halten: Dreher § 43 Anm. 2 Ba, Frank § 43 Anm.III, Schneider GA 1955/265. Keine Gefahr - auch nicht in dem Sinn, daß eine Beunruhigung der Rechtsgemeinschaft ausgelöst wird - sehen in dem abergläubischen Versuch: Mezger-Blei StuB I/245, Welzel LB S. 193, Schönke-Schröder § 43 RdNr. 38. Vermittelnd, entscheidendes Gewicht aber wohl auf die fehlende Gefahr für die Sicherheit der Rechtsgemeinschaft legend: Jochenek LB S.341, 352.

irrige Vorstellungen können gleichgültig, auf was sie beruhen, den Willen als solchen nicht berühren (Anm.272), das zweite Argument bricht mit der Grundlage der subjektiven Versuchstheorie, denn bei alleiniger Berücksichtigung des zum Ausdruck gekommenen bösen Willens müßte auch der abergläubische Versuch bestraft werden (Anm.273).

Wie bereits bemerkt, (Anm.274) findet das Abstellen auf den lächerlichen Eindruck, den ein abergläubischer Versuch in einer aufgeklärten Gesellschaft macht, in der subjektiven Versuchstheorie keine rechte Stütze. Ein neuer Aspekt, der zur Lösung des Problems beitrüge, wäre daher durchaus willkommen. Die Erwartungen werden von Maihofer jedoch enttäuscht. Den entscheidenden Durchblick hat sich Maihofer durch die Fiktion des "Man als", der Sozialperson selbst verbaut. Solange man die Tat als solche beurteilt, bleibt der abergläubische Versuch der Ausdruck eines in die Ausführung umgesetzten verbrecherischen Entschlusses, sofern man die subjektive Versuchstheorie zugrunde legt, und er bleibt ein ungefährlicher Versuch, nicht ungefährlicher allerdings als die versuchte Abtreibung an der Nichtschwangeren, wenn man von der objektiven Versuchstheorie ausgeht.

Diese Position der Beurteilung kann man nicht verlassen, wenn man, wie es Maihofer vorgeschlagen hat, nur über eine Abstraktion die Beziehung zwischen Tat und Täter herstellt und dem Täter in seiner konkreten Erscheinung nicht in die Beurteilung mit einschließt. Erst wenn man den Blick dem Täter zuwendet, der mit abergläubischen Mitteln sein Ziel zu erreichen versucht, ergibt

272. Abwegig ist es, bei einem nomologischen Irrtum die Finalität wegdiskutieren zu wollen. In dieser Richtung Schneider GA 1955/265 .

273. ebenso bereits früher Delaquis "Der untaugliche Versuch" S.172, und Schüler " Der Mangel am Tatbestand" S. 93  
206

274. Siehe oben S. 64

sich eine Änderung hinsichtlich der Einschätzung des Verhaltens.

Der wesentliche Gesichtspunkt ist dabei, daß sich dieser neue Aspekt nicht mehr (allein) auf den abergläubischen Versuch als ein vom Handelnden abgelöstes Geschehen bezieht, sondern auf den Täter, der sich gleichsam in dem abergläubischen Versuch zu erkennen gegeben hat. Was den Täter selbst nach der subjektiven Theorie straffrei macht, ist bei näherem Hinsehen nicht die Ungefährlichkeit der Tat - diese ist irrelevant - oder sonst eine Eigenschaft, die gerade diese Tat auszeichnet, sondern es ist eine durch die Tat zum Vorschein gekommene Eigenschaft des Täters, die die Gesellschaft erwarten läßt, daß auch in Zukunft die erwiesene Dummheit des Täters diesen angefährlchen Unternehmungen hindern wird. Die Bereitschaft, bei Beurteilung der Tat von allen Tatumständen und - modalitäten zu abstrahieren, hat ihre Grenze, wo von der Gefährlichkeit des Täters selbst abstrahiert werden müßte. Wenn der Täter schlechthin nichts Gefährliches anzustellen in der Lage ist, beurteilt die Gesellschaft einen Versuch nicht mehr als in dem Sinne zufällig mißlungen, daß unter anderem, vom Täter unabhängigen Voraussetzungen ein Gelingen denkbar gewesen wäre. In diesem (berechtigten oder unberechtigten) Gefühl der Sicherheit (Anm.275) hat die Gesellschaft kein Bedürfnis zu reagieren, und sie wird ihre Gesetze auch nicht nur als Abwehr der-

275. Man hat in diesem Zusammenhang häufig darauf hingewiesen, daß sich auch der, der einen Versuch mit abergläubischen Mitteln begeht, durchaus als künftig gefährlicher Rechtstrecher erweisen könne, dann nämlich, wenn er die Wirkungslosigkeit der irrealen Mittel eingesehen habe und nun stärkere Geschütze auffahre. Das mag sich durchaus so verhalten doch läßt sich daraus gegen eine Theorie, die das Strafordürfnis auf die Reaktion der Gesellschaft gegenüber bestimmten ( zum Ausdruck gekommenen) Wesenszügen und Eigenschaften des Täters zurückführt, nichts herleiten, denn diese Reaktion ist als sozialpsychologisches Phänomen zu verstehen, dessen Auftreten nicht an seine sachliche Berechtigung gebunden ist. Es kann auch von ungerechtfertigten Vorurteilen beeinflusst sein, im fraglichen Fall, etwa von dem, daß von einem Täter, der einen abergläubischen Versuch unternimmt, auch in Zukunft nichts ernsthaft Böses zu erwarten sei. Die Gesellschaft mag die Gefährlichkeit der Dummheit unterschätzen, solange sie sich nicht eines Besseren belehren läßt, wird sich ihre Reaktion auf den abergläubischen Versuch danach richten. Im übrigen wäre es interessant zu erfahren, ob die Totbeter, die Krontalerstecker usw. tatsächlich zur Pistole greifen und Druckplatten anschaffen, wenn sie die Fruchtlosigkeit ihres Bemühens eingesehen haben.

artiger Lächerlichkeiten geschaffen ansehen.

Näheres über die Beziehung zwischen der Gesellschaft und dem böswilligen Individuum hätte man von der sozialen Handlungslehre erwartet. In der irrigen Vorstellung, diese Beziehung sei zunächst nur in der Weise vorhanden, daß die Gesellschaft sich nur für den Einzelnen in seiner Außenseite, sozusagen für eine Art objektivierte, entpersonalisierte Substrat interessiere, wurde jedoch verkannt, daß die Beziehung durchaus personal ist. Deutlich ausgesprochen hat dies Lange im Hinblick auf das im Versuch liegende Unrecht: "Strafbarer Versuch liegt vor, wenn die Handlung für das angegriffene Rechtsgut gefährlich war oder sonst den Täter als gefährlichen Angreifer dieses Rechtsguts erweist" (Anm.276).

Hier kommt zum Ausdruck, daß das Unrecht nur bei Berücksichtigung der konkreten Beziehung von Täter und Tat ermittelt werden kann, mehr noch, daß bestimmte Eigenschaften des Täters diesen in bestimmter Hinsicht nicht unrechtsfähig sein lassen. Der Abergläubische, der Törichte kommt zu dem avisierten Rechtsgut niemals in die Beziehung, die zur Annahme der Rechtswidrigkeit vom Gesetz vorausgesetzt wird. Hier mündet die Theorie Lange's von der Tätergefährlichkeit ein in die Theorie vom personalen Unrecht, deren auch deren Grundlage ist die Annahme, daß das Unrecht gegebenenfalls von einer bestimmten Art und Weise der Tatbegehung abhängt. Das personale Unrechtsmerkmal beim untauglichen Versuch ist demnach neben dem Entschluß die fehlende Torheit und der fehlende Aberglaube.

276. In Kohlrausch - Lange Anm. III/3 vor § 43, weiterhin in Anm. III/4 vor § 43: "Solches Verhalten (sc. der abergläubische und törichte Versuch) mag auf Bösartigkeit oder Skrupellosigkeit schließen lassen, ist aber keine T ä t e r handlung, die jemand als gefährlichen Angreifer des Rechtsguts erweist".

Eine weitere Querverbindung läßt sich herstellen: Stöger hat ihr eingehende Untersuchungen gewidmet. (Anm. 277) Sie besteht zum sog. Versuch des untauglichen Subjekts.

Scheinbar geht auch Stöger von der These Maihofer's aus, die Rechtsordnung sei eine objektive Ordnung und werde als solche nur durch ein nach außen wirkendes Verhalten der Menschen, so wie es sich aus der Sicht der Anderen darstellt, tangiert (Anm. 278); trotz der Lehre von den subjektiven Unrechtselementen bliebe das Verbrechen seinem Wesen nach also Rechtsgutsverletzung bzw. -Gefährdung (Anm. 279). Da Stöger nun aber im Anschluß an Rümelin (Anm. 280) an das Vorliegen einer Gefährdung sehr strenge Anforderungen stellt (Anm. 281) und das Wesen des Versuchs auch nicht in der Gefährdung des allgemeinen Rechtsfriedens sehen will (Anm. 282), muß er die Entdeckung machen, daß "die objektive Zweckläufigkeit der Handlung" nicht ausreicht, um "die Strafbarkeit in allen Fällen zu begründen" (Anm. 283).

Um auch im untauglichen Versuch ein Unrecht zu finden, verläßt Stöger daher die bisherige Basis und vollzieht einen "Schritt von der Tat zum Täter" (Anm. 284) und verkündet: "Erst die zur objektiver

277. Stöger "Versuch des untauglichen Täters".

278. Stöger aaO S. 41.

279. Stöger aaO. S. 44 und an anderer Stelle (S. 34) sieht er das Wesen jedoch in der Gebotswidrigkeit: "Das menschliche Verhalten ist immer nur dann rechtswidrig, wenn es rechtspflichtwidrig ist." In welchem Verhältnis Stöger Rechtsgutsverletzung und Pflichtwidrigkeit als Elemente des Unrechts sieht, bleibt ungeklärt.

280. AcP 90 /217 ff

281. Stöger aaO. S. 46, 48

282. Stöger aaO. S. 40 ff

283. Stöger aaO. S. 49

284. Stöger aaO. S. 55



Gefährlichkeit der tauglichen Versuchshandlung hinzutretende Gefährlichkeit des Täters für den angegriffenen Rechtswert vermag das Manko im Unrechtsgehalt der Versuchshandlung gegenüber der eingetretenen Verletzung zu kompensieren." (Anm.285) Um diese täterbezogene Auffassung der Rechtswidrigkeit mit einem Tatstrafrecht zu verbinden, schlägt er schließlich eine Brücke zur Theorie vom personalen Unrecht, die er übrigens vorher (Anm.286) abgelehnt hat, und erklärt die Handlung beim untauglichen Versuch für rechtswidrig, wenn sie " von einem für das angegriffene Rechtsgut gefährlichen Täter begangen worden ist!" (Anm. 287)

Im Hinblick auf den untauglichen Täter ist die Frage nach der künftigen Gefährlichkeit offenbar nicht einheitlich zu beantworten denn manch einer wird niemals tauglicher Subjekt im Sinne eines

285. Stöger aaO. S. 54

286. Stöger aaO. S. 41 und S. 85, 86.

287. Stöger aaO. S. 57 . Den wirklichen Grund für die Bestrafung des Versuchs sieht Stöger in der kriminalpolitischen Erwägung, daß der untauglichen Tat taugliche Taten folgen könnten. Damit taucht das Problem auf, ob aus kriminalpolitischen Entscheidungen Rückschlüsse auf das Wesen des Unrechts zu entnehmen sind. Da die kriminalpolitischen Überlegungen nur das weitere Verhalten des Täters im Auge haben, sind die erwünschten Rückschlüsse nur dann möglich, wenn der Täter auch bei der Unrechtsbetrachtung in den Mittelpunkt rückt - wenn m.a.W. Vorstellungen, die etwa mit dem Begriff der " Lebensführungsschuld" umschrieben werden, bereits Elemente einer personalen Unrechtslehre werden. Stöger verfolgt diese Frage nicht und stellt nur neutral fest, : " Strafbarer( nicht etwa rechtswidriger - der Verf.) Versuch liegt vor, wenn die Handlung für das angegriffene Rechtsgut objektiv gefährlich ist oder aber den Handelnden als potentiellen Täter einer tatbestandlichen Verletzung dieses Rechtsguts erweist." Wer keine eigenen Töchter hat, kann demnach noch so sehr davon überzeugt sein, mit einer Tochter geschlechtlich zu verkehren, nach Stöger ist er nicht strafbar, da er nicht vorhandenen Töchtern niemals gefährlich werden kann.( S 69 Anm.354) Wie aber, wenn dem Vater nach der Tat Töchter geboren werden und damit " geeignete" Tatobjekte vorhanden sind. Stöger hält den Zeitpunkt der Tat für die Gefährlichkeitsprognose für entscheidend, doch steckt darin, nachdem sich die Konzeption so weit vom Tatstrafrecht entfernt hat, nur noch eine unbegründete Reminiszenz an dieses.

bestimmten Tatbestandes werden, während bei einem anderen dieser Wandel durchaus eintreten kann. Stöger differenziert demgemäß folgerichtig danach, ob der Täter nicht wenigstens potentieller Normadressat ist - dann strafbarer Versuch - oder ob der Täter schlechthin von der Strafdrohung nicht erfaßt wird - dann Strafllosigkeit. (Anm. 288)

Es läßt sich damit rückblickend folgender Gedankengang verfolgen: Die Gesetze haben eine generalpräventive Funktion (Anm. 289). Sie richten sich in dieser Funktion an alle potentiellen Täter, diese sind die Normadressaten. Wer nicht potentieller Täter ist, ist nicht Normadressat und kann auch durch einen Irrtum nicht zum Normadressaten werden (Anm. 290). Wer dagegen potentieller Täter ist, ist Normadressat selbst dann, wenn er sich in concreto nur irrtümlich für ein aktuell gegen die Norm verstoßendes Subjekt gehalten hat. Hält man den Versuch des untauglichen Subjekts grundsätzlich für einen Fall des Wahndeliktes (Anm. 291) hat das allerdings die Folge, daß es sich nicht mehr nach der konkreten Pflichtenstellung, sondern nach der abstrakten Stellung des Täters als Normadressat richtet, ob ein Wahnverbrechen vorliegt.

288. Stöger aaO. S. 79, 80.

289. So die überzeugende These Schmidhäuser's in " Vom Sinn der Strafe " S. 61

290. Hardwig GA 1957/171: " Der Glaube an die Pflicht ersetzt nicht die Existenz der Pflicht " weiterhin vor allem Welzel LB S. 194, der allerdings dann wegen Versuchs bestrafen will, wenn die Untauglichkeit des Subjekts auf dem Mangel des Objekts beruht ( eine Nichtschwangere versucht abzuurten ), wenn sich also die Untauglichkeit des Subjekts in der Untauglichkeit des Objekts " widerspiegelt " - Bockelmann Niederschriften der Strafrechtskommission BD II S. 47

291. Hardwig GA 57/170 ff, der zwischen einer abstrakten und konkreten Pflichtenstellung unterscheidet und bei Irrtum über erstere Strafllosigkeit, bei Irrtum über die letztere Strafbarkeit annimmt. In der Sache ähnlich Jescheck LB S. 353: Strafbarer Versuch soll vorliegen, wenn der Täter " Umstände annimmt, die, wenn sie vorlägen, seine Täterqualität begründen würden " Gegen Strafbarkeit des untauglichen Täters: Baumann AT S. 511, Kohlrausch-Lange IV vor § 43, H. Mayer AT (1953)/288, Welzel LB 194. Für Strafbarkeit: Jagusch LK § 43 II 2 b, Jescheck LB S. 355, Maurach AT S. 512, Sauer Allg. Strafrechtslehre 3. Aufl. S. 107, Schönke-Schröder § 43 RdNr. 41, Dreher § 43 2 Ba, Mezger-Blei AT S. 250.

Ebenso wie das in diesem Sinn untaugliche Subjekt (d.h. der nicht potentielle Täter) gehört auch der Täter, der einen abergläubischen Versuch begeht, nicht zum Kreis jener, von denen künftig eine bestimmte tatbestandsmäßige Rechtsgutsverletzung oder -gefährdung zu erwarten wäre. Auch er war und ist (wenn auch vor seiner Tat nicht erkennbar) kein Normadressat. Demnach ähnelt der abergläubische Versuch, wenn man ihn nicht für strafwürdig hält, dem Wahnverbrechen mit der Konsequenz, daß man das Wahnverbrechen nicht mehr ohne weiteres als umgekehrten Verbotsirrtum erklären kann (Anm.292).

Diese Schlußfolgerungen beruhen freilich auf Prämissen, die nicht allgemein anerkannt sind. Grundlegend ist die Überzeugung, daß die Täreigenschaft einen besonderen Platz im Tatbestand einnimmt (Anm.293). Diese Besonderheit besteht darin, daß sie den Adressaten der in der Norm enthaltenen Rechtspflichten näher bezeichnet. Sieht man in den Gesetzen normierte Pflichten, ist diese Hervorhebung der Täreigenschaft unter den übrigen Tatbestandsmerkmalen sachgerecht, denn sie dient dazu, die Rechtspflicht von vornherein auf bestimmte Adressaten zu konzentrieren.

Jede Kritik gegen die Annahme sogenannter Rechtspflichtmerkmale beruht daher letztlich auf einem anderen Gesetzesverständnis. Danach unterscheiden " die sogenannten Rechtspflichtmerkmale... sich garricht grundsätzlich von den übrigen Tatbestandsmerkmalen. Jedes Tatbestandsmerkmal ist zugleich Rechtspflichtmerkmal, indem es die Rechtspflicht des Täters bestimmt und begrenzt"(Anm.294).

292. Diese These vertritt vor allem Maurach AT. S. 511.

293. So namentlich Armin Kaufmann "Lebendiges und Totes in Binding's Normentheorie " S. 123 ff (158).

294. Bruns " Der untaugliche Täter im Strafrecht" S. 34, beistimmend Hardwig GS 57/176.

Eine Sonderklasse der Rechtspflichtmerkmale zu bilden ist also unbegründet und einen anderen Weg, die sich auf die Täterumschreibung beziehenden Tatbestandsmerkmale anders als die übrigen zu behandeln, gibt es nicht. Bleibt die Täreigenschaft Tatbestandsmerkmal, begeht auch das sogenannte untaugliche Subjekt einen Versuch, denn wenn man das Wahnverbrechen als umgekehrten Verbotsirrtum vom untauglichen Versuch als umgekehrten Tatbestandsirrtum abgrenzt - und das ist möglich, ohne daß man den Umkehrschluß aus § 59 StGB auch zur Begründung der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs heranziehen müßte (Anm.295)- wenn man auf diese Weise abgrenzt, ist der Irrtum des untauglichen Subjekts ein Tatbestandsirrtum. Daß trotz grundsätzlichen Bekenntnisses zur Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale der Versuch des untauglichen Subjekts weithin für nicht strafbar gehalten wird, läßt sich wie Bruns zutreffend bemerkt hat, nur als Fernwirkung der Lehre vom Mangel am Tatbestand erklären (Anm. 296).

Da aber nicht auch die übrigen Konsequenzen der Lehre vom Mangel am Tatbestand gezogen werden, kann diese Begründung nicht akzeptiert werden. Das führt dazu, daß der Versuch des untauglichen Subjekts grundsätzlich strafbar ist, es sei denn, der Irrtum des Täters ist tatsächlich ein Subsumtions- und kein Tatbestandsirrtum. Die Putzfrau in einer Behörde zum Beispiel soll ebensowenig wie der Gefängniskehrer oder der Bank"beamte" Täter eines Beamten-delikts sein können (Anm.297). Dagegen soll es nicht darauf

295. So richtig Jescheck LB S. 353 Anm.11 mit Nachweisen aus der Rechtsprechung und Sax JZ 1964/245, Baumann NJW 62/16.

296. Bruns aaO. S. 13 , 32.

297. Bruns aaO. S. 35, 36. Hardwig GA 1957/171 ff unterscheidet zwischen dem Irrtum über die konkrete Pflicht und über die abstrakte Pflicht. Nur im letzteren Falle nimmt er Wahnverbrechen an. Den Irrtum über die konkrete Pflicht behandelt er als Sachverhaltsirrtum: "Wer ein Beamter zu sein glaubt, indem er seine Rechtsstellung verkennt und deshalb glaubt, eine Amtsunterschlagung zu begehen, der irrt sich nicht über das abstrakte Bestehen einer Pflicht ; denn er weiß ja ganz richtig, daß ein Beamter unter einer gesteigerten Pflicht steht." Und weiter: "Wer eine nicht bestehende konkrete Pflicht (bei Gegebenheit der entsprechenden abstrakten Pflicht) zu verletzen glaubt, der nimmt einen Sachverhalt an, bei dessen wirklichen Vorliegen er einen Tatbestand erfüllen würde. Sein Verhalten zielt auf ein tatbestandsmäßiges Unrecht ab, enthält insofern personales Unrecht, das ja der subjektiven Versuchslehre zur Begründung des untauglichen Versuchs genügt.

ankommen, ob der Täter künftig "tauglich" wird (Anm.298).

Damit sind die Fronten sichtbar, und es wäre eine Fehleinschätzung, die Unterschiede in den Theorien nur auf die Frage des Versuchs des untauglichen Subjekts begrenzt zu sehen. Auf der einen Seite steht die Vorstellung, daß Norm und Tatsubjekt einen Zusammenhang bilden, der alle das Tatsubjekt umschreibenden Tatbestandsmerkmale aus dem Kreis der übrigen Tatbestandselemente heraushebt und einen sich auf den Täter beziehenden Irrtum aus der Automatik des Umkehrschlusses entläßt. Diese Sonderstellung innerhalb des Tatbestandes kommt den Tätermerkmalen dann zu, wenn man die Gesetze als Gebote versteht.

Dagegen läßt sich nicht einwenden, man erfasse das Wesen der Sonderdelikte nicht richtig, wenn man glaubt, daß der, der nicht als Täter genannt ist, von der Gehorsamspflicht ausgenommen sei (Anm.299), während es dagegen zutreffend sei, die Sonderdelikte dahin auszulegen, "daß nur die im Gesetz bezeichneten Personen diese Delikte im Stadium der Vollendung begehen können" (Anm.300).

Geht man von der Bestimmungsfunktion der Norm aus, läßt sich unter den von der Norm Angesprochenen keine Unterscheidung dahin treffen, daß dem einen zu vollenden verboten sei, was dem anderen nur zu versuchen untersagt ist. Die Norm kann nicht ihren Inhalt je nach Adressaten verändern. Sie kann vielmehr von vornherein nur befehlen, dies oder jenes nicht zu versuchen, nicht aber, dies oder jenes nicht zu vollenden, d.h. für den Erfolg nicht ursächlich zu werden (Anm.301), und es stellt sich nur die Frage, an wen sie sich mit diesem Befehl richtet. Richtet sie sich an eine gewisse Spezies von Tätern, etwa an die Beamten, so werden nicht auch die Nicht-Beamten von der Norm erfaßt. Selbst wenn man die normierten Pflichten nur abstrakt betrachtet, muß von vornherein feststehen, wer zum Kreis der Verpflichteten gehört.

298. Bruns aaO. S.36.

299. Zu Bruns aaO. S.31

300. Bruns aaO. S. 31

301. Vergl. oben S. 23 ff



Wenn alle Tatbestandsmerkmale nur Voraussetzungen einer Pflicht sind, so könnte eingewandt werden, entfällt die Pflicht mit ihren Voraussetzungen, ganz gleichgültig welches Tatbestandsmerkmal fehlt. Trotzdem ginge der Schluß, damit sei die Gleichwertigkeit aller Tatbestandsmerkmale, eingeschlossen die das Tatsubjekt umschreibenden, bewiesen, fehl, denn mehr, als daß auch bei einem umgekehrten Tatbestandsirrtum die konkrete Pflicht entfällt, ist nicht gesagt. Will man aber überhaupt an der Unterscheidung von Tatbestandsirrtum und Verbotsirrtum bzw. an der Unterscheidung von Versuch und Wahnverbrechen festhalten (Anm.302), darf auf die konkrete Pflicht nicht abgestellt werden (Anm.303). Entscheidend muß vielmehr auf die abstrakte Pflicht abgestellt werden. Danach liegt ein Wahnverbrechen dann vor, wenn sich der Täter über seine abstrakte Pflichtenstellung irrt.

So argumentiert im Grunde die eine Seite.

Auf der anderen Seite steht die Vorstellung, daß der gesetzliche Tatbestand die Grundlage für eine Bewertung der Tat bildet und daß die Tatbestandselemente in ihrer Bedeutung gleichwertig sind. (Anm.304). Diese Gleichwertigkeit wirkt sich dahin aus, daß der Irrtum über die Subjektsstellung grundsätzlich nur ein Irrtum über Tatbestandsmäßigkeit ist, nicht aber über die Pflicht als solche. Auch das "Nicht-Subjekt" begeht daher grundsätzlich einen untauglichen Versuch.

Diese vergrößernde Darstellung läßt deutlich die Konfrontation zweier Konzeptionen und Rechtsauffassungen erkennen, die stets eine beherrschende Rolle gespielt haben, deren Gegensätzlichkeit jedoch zunehmend verdeckt worden ist: Die Deutung der Norm als Bestimmungs- und als Bewertungsnorm. Die Formel, die allgemein für geeignet gehalten wurde, die Gegensätze zu überbrücken, ist

302. Dieser Unterscheidung eine feste Grundlage zu geben ist eine der Hauptanliegen der finalen Handlungs- und Unrechtslehre.

303. Zutreffend Hardwig GA 1957 /175.

304. So die herrschende Lehre in ihrer Kritik an der Lehre vom Mangel am Tatbestand.

wie bemerkt in voller Ausprägung von Mezger (Anm.305) vorgestellt worden: Die Bewertung ist die notwendige Voraussetzung der Bestimmungsfunktion der Gesetze; das gleiche wird also in zweierlei Hinsicht erfaßt. Bei Untersuchung der Versuchsdogmatik im Hinblick auf das Problem des sogenannten Versuchs des untauglichen Subjekts ergeben sich jedoch Zweifel, ob diese Formel uneingeschränkt akzeptiert werden kann.

Daß der, der die Gesetze als Gebote und Verbote versteht, den Tatbestandselementen, die den Adressaten umschreiben, eine besondere Stellung einräumen muß, scheint mir ebenso offensichtlich, wie daß umgekehrt der, der das Gesetz in seiner Bewertungsfunktion betrachtet, für derartige Unterscheidungen und Hervorhebungen keinen Anlaß hat. Das Problem liegt also in der Frage, in welchem Verhältnis Bewertungs- und Bestimmungsfunktion tatsächlich zueinander stehen können, ohne daß die verschiedenen Stellungen des "Subjekts" im Tatbestand sich gegenseitig ausschließen.

Zwei Möglichkeiten sind denkbar: Die den Gesetzen zugrundeliegenden Bewertungen werden in den Bereich der bei der Gesetzgebung maßgeblichen Vorüberlegungen verlagert, während der eigentliche Inhalt des Gesetzes ausschließlich in der Bestimmungsfunktion gesehen wird, oder es bleibt die Bewertung alleiniger Gehalt der gesetzlichen Aussage, während die motivierende Wirkung der Gesetze nur als erwünschte Nebenfolge Bedeutung hat, die auf die Auslegung der Gesetze keinen Einfluß nimmt.

In beiden Fällen wird das Schwergewicht der Betrachtung letztlich auf eine der den Gesetzen zugeschriebenen Funktionen verlagert, so daß alle Konsequenzen, die sich aus der als Vorfrage bzw. Nebenfolge berücksichtigten Funktion ergeben, nicht gezogen werden brauchen. Eine Möglichkeit scheint mir jedoch ausgeschlossen zu sein: Daß Bewertungs- und Bestimmungsfunktion gleichrangig und

unmittelbarer Inhalt des Gesetzes sind. Hier gilt es sich also zu entscheiden und Aufgabe dieser Arbeit wird es sein, im einzelnen zu verfolgen, in welcher Richtung die Entscheidungen in den zum Vergleich herangezogenen Rechtsordnungen gefallen sind.

Zunächst ist jedoch noch eine abschließende Bemerkung zu dem Problem erforderlich, welche Bedeutung der Umstand für die Versuchsdogmatik haben kann, daß der Täter auch in Zukunft, keinen erfolgreichen Angriff starten wird.

Für den, der die Bewertungsfunktion der Gesetze in den Vordergrund stellt, ergeben sich keine größeren Schwierigkeiten. Ihm stellt sich nur die Alternative, ob er bei Beurteilung der Tauglichkeit des Subjekts ausschließlich die Tatsituation berücksichtigen will oder ob er die Beurteilung auch auf die in Zukunft zu erwartende Entwicklung ausdehnt.

Das Prinzip des Tatstrafrechts scheint ersteres zu verlangen, während die allgemein anerkannte Strafflosigkeit des abergläubischen Versuchs mehr darauf hinzuweisen scheint, daß erst die Beachtung der gesamten Persönlichkeit unter Einschluß der sie betreffenden Prognosen - mögen diese auch pauschal und falsch sein - ein Urteil darüber erlaubt, ob der Täter von einer bestimmten Norm angesprochen wird (Anm.306). Diese Fragen können hier im einzelnen nicht verfolgt werden.

Interessanterweise ist die Unterscheidung zwischen den "echten" Sonderdelikten und den subjektiv eingeschränkten Gemeindelikten (Anm.307) jedoch nicht nur von denen getroffen worden, die die Bestimmungsfunktion der Gesetze hervorgehoben haben, sondern auch von denen, die die Bewertungsfunktion in den Vordergrund

306. Freilich liegen auch hier die Probleme im Detail, denn wenn man bei der Frage der Täterschaft eine Prognose - wenn auch eine ganz schematische - verlangt, muß erst der Maßstab gefunden werden, an Hand dessen über die potentielle spätere Täterschaft entschieden wird. Kann man auf ein "abstrakt denkbar" oder auf ein "konkret vorhersehbar" abstellen? Vermutlich ist letzteres richtig, denn es grenzt den Täterkreis genauer ein und ist gleichwohl damit vereinbar, daß die Gesetze den Täterkreis abstrakt umschreiben.

307. Diese Unterscheidung wird im Hinblick auf bestimmte Tätergruppen getroffen und geht m.E. auf nichts anderes als den Umstand zurück, daß die zur Zeit der Tat gerade untüchtigen Täter eines subjektiv eingeschränkten Gemeindelikts unter anderen Voraussetzungen das Delikt vollenden könnten

gerückt haben (Anm.308). Da eine dogmatische Begründung dafür nicht leicht zu geben ist, sind häufig kriminalpolitische Überlegungen und allgemeine Hinweise auf die Strafwürdigkeit des Täters an ihre Stelle getreten (Anm.309).

Geht man von der Bestimmungsfunktion der Norm aus, liegt das Unrecht in einem bestimmten Verhältnis von Täter und Norm. Die Tat ist nur Erscheinungsbild des Unrechts, sie macht das genannte Verhältnis sichtbar, das in dem Ungehorsam des Täters gegenüber den gesetzlichen Befehlen liegt, der zur Tat geführt hat. (Anm.310) Das Unrecht ist demnach notwendig personal-und täterbezogen. Wie weit personale Elemente zum Unrecht zu rechnen sind, bestimmt sich nach der Norm.

Geht man von der Bewertungsfunktion der Norm aus, liegt das Unrecht unmittelbar in der Tat. Es liegt im Erfolgsunwert und in subjektiven Handlungselementen, die ebenfalls grundsätzlich auf die Tat beschränkt sind. Der Gegensatz zwischen dem "Erfolgssachverhalt" und der "Täterpersönlichkeit" läßt sich nicht überbrücken (Anm.311). Die Frage lautet daher: Lassen sich auch täterbezogene Unrechtselemente, die über die Tat selbst hinausreichen in dieses System einfügen?

308. Bruns nennt als Vertreter dieser Lehre z.B. Nagler, von Hippel und Schönke (aaO.S.25 - 27).

309. Neuerdings muß wohl auch Bockelmann nach seiner Stellungnahme zur Strafbarkeit des untauglichen Subjekts in Niederschriften der Strafrechtskommission II S.179) hierher gerechnet werden. Bockelmann verweist aaO. z.B. darauf, daß das Rechtsgefühl gegen eine Bestrafung des untauglichen Subjekts spreche.

310. Das hat mit einer symptomatischen Verbrechensauffassung unmittelbar nichts zu tun.

311. Zutreffend Krauß ZStW 76/30.

Zwei Aussagen werden von vornherein allgemein abgelehnt: Die erste besteht darin, statt der Tat überhaupt nur den Täter zu werten und die Tat allenfalls noch zum Anlaß für die Wertung zu nehmen. Der zweite besteht darin, die Bewertung der Tat so vorzunehmen, daß sie eine Entscheidung darüber zuläßt, ob sie als Symptom des verbrecherischen Wesens des Täters anzusehen ist (Anm. 312).

Es bleibt damit nur die Möglichkeit zu prüfen, ob die subjektiven Unrechtselemente bzw. der Handlungswert nicht doch die Bewertung auf den Täter richtet, und zwar nicht allein auf den Täter, aus dessen Existenz in ihrem Gesamtzusammenhang die Tat herausgeschnitten wird und der somit auf eine gleichsam punktuelle Fiktion seiner selbst reduziert wird, sondern auf das betreffende Individuum überhaupt.

Kann die Handlung beim untauglichen Versuch etwa nur dann als rechtswidrig beurteilt werden, wenn "hinter ihr" ein gefährlicher Täter steht (anm. 313) ?

Man wird dies, solange man lediglich die Tat mit Hilfe der Gesetze bewertet, zu verneinen haben. Was neben dem Erfolg der Tat und seinem äußeren Zustandekommen an der Tat bewertet werden kann, sind die subjektiven Einstellungen des Täters zur Tat im weitesten Sinn, nicht jedoch auch Wesen und Charakter des Täters, die diesen Einstellungen zugrundeliegen, denn diese stehen mit der Tat nur im mittelbaren Zusammenhang.

Gegebenenfalls stellt zwar das Handlungsunrecht die Verbindung zwischen Tat und Täter so her, wie diese von einem gesetzlichen Tatbestand verlangt wird, das Handlungsunrecht reicht aber über

312. Vergl. die symptomatische Verbrechenslehre

Tesar: Die symptomatische Bedeutung des verbrecherischen Verhaltens, Kollmann: Die Stellung des Handlungsbegriffs im Strafrecht - Jescheck (Lehrbuch S. 37) weist zutreffend darauf hin, daß auch die vorgenannten Autoren zu besonderen Schlußfolgerungen nur für die Strafzumessung im Rahmen des Tatstrafrechts kommen.

313. Vergl. oben Anm. 251



diese Beziehung nicht hinaus. Es erfaßt nur die personalen Elemente in der Tat, nicht jedoch wird überhaupt die Perspektive des über das deliktische Tun zu fällenden Urteils gewechselt."

Damit scheint mir festzustehen, daß die abstrakte Tätergefährlichkeit durch den Begriff des Handlungsunrechts dann nicht in die Unrechtsdogmatik eingeführt werden kann, wenn das Unrecht in erster Linie durch die Bewertung der Tat bestimmt werden soll. Das führt dazu, daß derjenige nicht auf die Tätergefährlichkeit zur Begründung der Strafwürdigkeit eines Verhaltens hinweisen darf, der nicht gleichzeitig die allgemeine Tätergefährlichkeit zur Voraussetzung dafür erklärt hat, daß der Täter Adressat der Norm ist. Ob dies in jedem Fall beobachtet worden ist, wird ebenfalls bei dem Vergleich mit dem schweizerischen und österreichischen Recht zu überprüfen sein."

## 2. Teil: Die Strafbarkeit des Versuchs in Österreich

Auf den ersten Blick scheint sich die Diskussion um den Strafgrund des Versuchs nach österreichischem Recht nicht wesentlich von derjenigen zu unterscheiden, die in Deutschland über das gleiche Problem geführt wird. Hier wie dort läßt sich eine subjektive und eine objektive Theorie unterscheiden, von denen die erstgenannte den sogenannten untauglichen Versuch als strafbar ansieht, während letztere die Strafbarkeit auf die Fälle einer konkreten Gefährdung bzw. einer abstrakten Gefährlichkeit einschränkt.

Diese Ähnlichkeit kann nicht überraschen, wenn man bedenkt, wie eng der Strafgrund des Versuchs mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit zusammenhängt, und daß es - wie im ersten Teil der Untersuchung dargestellt, -in Grunde nur wenige verschiedene Möglichkeiten gibt, das Wesen der Rechtswidrigkeit zu definieren. Ebenso wie die Stellungnahmen in der deutschen Strafrechtslehre zum Strafgrund des Versuchs auf einige wenige voneinander abgrenzbare Fragestellungen zurückgeführt werden können, ist es auch in Österreich möglich, die Theorien zum Strafgrund des Versuchs in ihrem inneren Zusammenhang mit den ihnen entsprechenden fundamentalen Ansatzpunkten zu untersuchen.

Daß sich diese Ansatzpunkte von denen nicht unterscheiden, die auch in Deutschland zur Aufschlüsselung des Unrechtsbegriffs benutzt worden sind, daß etwa der Rechtsgutsbegriff oder der Begriff der Pflichtwidrigkeit in Deutschland wie in Österreich eine entscheidende Rolle gespielt haben und zum Teil noch spielen, bedarf keiner besonderen Betonung, denn abgesehen von der Verwandtschaft der beiden Rechtskreise ist es eine bekannte Tatsache,

daß Verschiedenheiten in der konkreten Ausgestaltung einer Konzeption verschwinden, wenn das ihnen innewohnende System auf seine tragenden Stützpfeiler reduziert wird.

Umso interessanter sind die Unterschiede zwischen der deutschen und österreichischen Lehre zur Strafbarkeit des Versuchs, die sich bei genauerem Hinsehen ergeben. Sie bieten Anlaß, die Folgerichtigkeit der eigenen Lösungen an den Ansichten derjenigen zu messen, die sich für ihre Thesen auf eben die Grundlagen berufen, aus denen auch die eigenen - abweichenden - Meinungen folgen sollen.

Dabei wäre es vorschnell geurteilt, wollte man die angesprochenen Abweichungen, welche im folgenden eingehend zu schildern sein werden, allein damit erklären, daß der den Versuch betreffende § 8 des österreichischen Strafgesetzes anders lautet als § 43 StGB. Ebenso wie § 43 StGB ist auch der Wortlaut des § 8 StG nicht so eindeutig, daß sich die Strafrechtslehre auf eine bestimmte Versuchstheorie hätte festgelegt fühlen müssen. Vielmehr sah sie sich ebenso wie in Deutschland gezwungen, die in dem Gesetzestext selbst enthaltenen Widersprüchlichkeiten durch eine Besinnung auf das Wesen des Versuchs zu überwinden. Das damit verbundene Hinausgreifen über den Gesetzeswortlaut hat bis heute zu einem Spannungsverhältnis zwischen dem Gesetz und seine Auslegung geführt.

Dieses Spannungsverhältnis ist die zwangsläufige Konsequenz der Unmöglichkeit, bei einer auf den Begriff des strafwürdigen Unrechts zurückgehenden Auslegung die subjektiven und objektiven Elemente des gesetzlichen Tatbestandes ebenbürtig zu berücksichtigen. Fast noch offenkundiger als § 43 StGB, der den "Entschluß" als subjektives Merkmal neben den "Anfang der Ausführung" stellt, ist § 8 StG von dem Nebeneinander subjektiver und objektiver Elemente geprägt. § 8 StG lautet:

" Zu einem Verbrechen ist nicht nötig, daß die Tat wirklich ausgeführt werde. Schon der Versuch einer Übeltat ist das Verbrechen, sobald der Bösesinnige eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung unternommen hat; Die Vollbringung des Verbrechens aber nur wegen Unvermögenheit, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall unterblieben ist.

Es ist daher in allen Fällen, wo das Gesetz nicht besondere Ausnahmen anordnet, jede für ein Verbrechen überhaupt gegebene Bestimmung auch auf das versuchte Verbrechen anzuwenden, und der Versuch einer Übeltat, unter Anwendung des § 47, lit. a mit derselben Strafe zu ahnden, welche auf das vollbrachte Verbrechen verhängt ist."

§ 11 StG, der ebenfalls für die Abgrenzung des Bereichs eines strafbaren Versuchs von Bedeutung ist, lautet:

"Über Gedanken oder innerliches Vorhaben, wenn keine äußere böse Handlung unternommen, oder nicht etwas, das die Gesetze vorschrieben, unterlassen wurde, kann niemand zur Rede gestellt werden."

Schließlich bestimmt § 239 StG:

"Im allgemeinen haben die in den §§ 5 bis 11 über Verbrechen festgesetzten Bestimmungen auch auf Vergehen und Übertretungen Anwendung zu finden, insofern nicht Abweichungen hiervon im Gesetze, in einzelnen Fällen insbesondere angeordnet sind, oder aus der eigentümlichen Natur des Vergehens oder der Übertretung folgen".

Ohne den Stellungnahmen der Schriftsteller im einzelnen vorgreifen zu wollen, läßt bereits der Wortlaut von § 8 StG erkennen, zwischen welchen Polen die Thesen über die Auslegung der Vorschrift gleichsam hin- und herpendeln: Einerseits erklärt es § 8 StG für unmaßgeblich, "daß die Tat wirklich ausgeführt werde" andererseits verlangt § 8 StG "eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung". Welche Bedeutung man dem Wort "wirklich" jeweils zubilligt, ist für die Behandlung des Versuchs letztlich ausschlaggebend.

#### I. Zur geschichtlichen Entwicklung der Versuchsbestimmung im österreichischen StG

Nicht weniger vieldeutig als der Wortlaut des Gesetzes ist seine Entstehungsgeschichte. Auch sie ist von den Anhängern einer subjektiven wie von denen einer objektiven Versuchstheorie

(Anm. 1) als Stütze benutzt worden, ohne daß freilich ein Schriftsteller sich allein auf seine Argumentation mit der Entwicklung der Gesetzgebung bis zum Strafgesetzbuch von 1852 verlassen hätte. Eben weil der "Wille des Gesetzes" nicht zweifelstfrei zu ermitteln ist, lag stets das Hauptgewicht der Begründung der einen oder anderen Versuchstheorie auf der Erörterung des Wesens des Versuchs bzw. seines "eigentlichen" Strafgrundes.

Die Unsicherheit bei der Anwendung der historischen Auslegungsmethode hat ihre Ursache darin, daß nicht feststeht, ob in der von den Versuchsbestimmungen der Theresiana (Anm. 2) und Josephina (Anm. 3) abweichenden Formulierung in dem StG von 1803, die in das StG von 1852 unverändert als § 8 übernommen worden ist, eine Abkehr von einer im Sinne der subjektiven Lehre bestimmten Verbrechensauffassung zu erblicken ist.

Zwar läßt sich insoweit eine Tendenz in Richtung auf eine Objektivierung des Versuchsbegriffs feststellen (Anm. 3a), als etwa die Theresiana noch jede Vorbereitungshandlung in den Versuchsbereich einbezogen hatte, solange das Ziel der Handlung nur erkennbar geworden war, während die Josephina immerhin die Grenze zur Strafbarkeit durch den Täter erst dann als überschritten ansah, "Sobald der Bösgesinnte zur wirklichen Ausübung derselben (sc. strafbaren Handlung) sich anschicket und sein Vorhaben durch äußerliche Kennzeichen, und eine Handlung offenbaret hat ...." (Anm. 4)

1. Vergl. Roeder Erscheinungsformen S. 32 ff.
2. constitutio criminalis Theresiana von 1768 Art. 3 § 15, der auch die Vorbereitungshandlung strafbar sein läßt, sofern sie nur die "Bemühung" oder "Bestrebung" des Täters, sich zur Tat-ausführung anzuschicken, erkennbar werden läßt.
3. Allgemeines Gesetzbuch über Verbrechen Joseph II von 1787 § 9 dnegemäß Versuch erst bei (teilweiser) Erfüllung des Tatbestandes einsetzt. - Vergl. zur Entwicklung der Versuchsbestimmungen im österreichischen Strafrecht eingehend Moos, Verbrechensbegriff S. 339 ff.
- 3a. So etwa Geyer Erörterungen über den allg. Thatbestand der Verbrechen S. 54
4. Vergl. hierzu eingehend Moos Verbrechensbegriff S. 339



Daß sich diese Tendenz allerdings bis zum StG von 1803 und dem noch geltenden StG von 1852 fortgesetzt habe, ist jedoch etwa von Jenull (Anm.5) verneint worden. Er hat dem Begriff des "sich Anschickens zur Ausübung der strafbaren Handlung" die in § 7 des StG von 1803 gebrauchte Formulierung gegenübergestellt, der gemäß bereits "eine zur wirklichen Ausübung führenden Handlung" zur Strafbarkeit genügen soll, und er hat daraus geschlossen, daß nach dem Strafgesetz von 1803 im Gegensatz zur Josephina nicht nur das unmittelbare Ausführen der Tat selbst, sondern schon das zur Ausübung führende, auf die Vollendung abzielende, nach unseren Begriffen aber die Tat nur vorbereitende Handeln als Versuch anzusehen sei.

Diese Vorverlegung der Versuchsgrenze ist nur verständlich vom Standpunkt einer Lehre, die eine konkrete Gefährdung von Rechtsgütern nicht als Voraussetzung der Strafbarkeit ansieht. Wollte man Jenull also darin folgen, daß in der unterschiedlichen Formulierung der Versuchsbestimmungen in der Josephina und in dem Strafgesetz von 1803 auch ein sachlicher Unterschied liegt, könnte von einer gradlinigen Entwicklung der österreichischen Strafgesetze von der Theresiana bis zum Strafgesetz von 1852 in Richtung auf eine objektive Versuchstheorie nicht die Rede sein. Angesichts dieser Zweifel ist es verständlich, daß einer allein auf den Vergleich der Gesetzestexte gestützten Argumentation unabhängig von der Stellungnahme zu der Lehre Jenull's oder der entgegengesetzten von Hye u.a. keine große Beweiskraft zugemessen wurde.

Da die Versuchsbestimmung des Strafgesetzes von 1852 unverändert aus dem Strafgesetz von 1803 übernommen wurde, kann schließlich ihre Auslegung auch durch den Umstand nicht entscheidend beeinflusst werden, daß der Redaktor des Strafgesetzes von 1852

-von Hye - Anhänger einer objektiven Versuchsauffassung war. Dadurch daß von Hye die Versuchsbestimmung so, wie er sie vorgefunden hat, beibehalten hat, hat er erkennen lassen, daß es ihm auf eine inhaltliche Änderung der Bestimmung gerade nicht ankam. Hye hat demnach nicht neues Recht geschaffen, sondern bereits geltendes Recht als auch in Zukunft verbindlich bestätigt. Sein Verständnis des Gesetzes kann daher nicht als gesetzgeberischer Wille gedeutet werden. Vielmehr handelt es sich nur um die Ansicht eines Interpreten unter anderen, mit der Folge, daß allein ihre sachliche Richtigkeit, nicht aber die besondere Stellung dessen, der sie geäußert hat, einer späteren Auslegung zum Maßstab dienen konnte. Ebensowenig, wie sich kein Schriftsteller etwa allein auf den Wortlaut oder die Gesetzesgeschichte zur Untermauerung seiner Thesen zur Strafbarkeit des Versuchs berufen hat, hat sich auch niemand damit begnügt, auf die Autorität von Hyes als Redaktor des Gesetzes zu verweisen und mit diesem Hinweis eine objektive Versuchstheorie zu begründen. Stets war die Diskussion durch die Bemühung geprägt, von einem allgemeinen Verbrechensbegriff ausgehend den Strafgrund des Versuchs zu ermitteln. Die Gedanken, die dabei eine wesentliche Rolle gespielt haben, sind nunmehr zu schildern.

## II. Die Versuchslehre als Spiegelbild der allgemeinen Verbrechenslehre in der Mitte des 19. Jahrhunderts

---

Ähnlich wie Mitte des vorigen Jahrhunderts in Deutschland war auch in Österreich der Verbrechensbegriff von der Vorstellung des vollendeten Delikts geprägt. Dem Wesen des Versuchs beizukommen versuchte man, indem man den Versuch dem vollendeten Verbrechen gegenüber stellte. Obwohl mit dem Erfolg gerade das kennzeichnende Element des vollendeten Verbrechens

beim Versuch fehlt, glaubte man zwischen beiden Erscheinungsformen des Verbrechens nicht nur auf der subjektiven Tatseite in Gestalt des Vorsatzes, sondern auch im objektiven Bereich Ähnlichkeiten zu entdecken, die die Einordnung des Versuchs - soweit dieser nur bestimmte Voraussetzungen erfüllte - in ein objektives Strafrechtssystem rechtfertigten. Diese Ähnlichkeiten zu benennen bereitete indessen Schwierigkeiten.

Auch in dieser Frage dem Lösungsversuch in Deutschland folgend, glaubte man eine Antwort zu erhalten, wenn man den Vergleich zwischen Versuch und Vollendung von einer gleichsam naturwissenschaftlichen Warte aus anstellte und das Problem der Kausalität in den Mittelpunkt der Erörterung rückte. Gegenüber dem vollendeten Delikt, so glaubte man, unterscheide sich der Versuch durch eine Art Teilkausalität. Von Hye (Anm.6) lehrte, daß § 8 StG mit der "wirklichen Ausübung" eine wenigstens teilweise objektive Kausalität verlange, also eine Handlung, die den objektiven Tatbestand bzw. den Erfolg " wenigstens annäherungsweise" herbeiführt oder herbeiführen würde, wenn sie fortgesetzt würde. Mit der Formulierung "wirkliche" Ausübungshandlung gemäß § 8 StG sei demgemäß eine objektiv zur Herbeiführung des Erfolgs geeignete Handlung umschrieben worden (Anm.7). In der Sache übereinstimmend erklärte Geyer (Anm.8): " Die Versuchshandlung darf ..... nicht isoliert, sondern nur mit Bezug auf ihr Ziel aufgefaßt werden, als ein theilweise existent gewordenes Verbrechen....". Zur bösen Absicht, die den Versuch als strafwürdig erscheinen lasse (Anm.9), müsse " ein äußerer Erfolg" (Anm.10), " eine wenigstens teilweise Verwirklichung " hinzutreten. (Anm.11).

6. Hye Das österreichische Strafgesetz .... 1Bd S. 305.
7. Hye aaO. S. 306
8. Geyer Erörterungen über den allg. Thatbestand der Verbrechen S.49.
9. Geyer aaO. S. 48.
10. Geyer aaO. S. 59.
11. Geyer aaO. S. 59.

Schließlich glaubte auch Herbst (Anm.12), daß die Versuchshandlung "mit dem beabsichtigten Verbrechen in einem objektiven, ursächlichen Zusammenhang stehen" müsse. Demgemäß müßten " von der Bestrafung als verbrecherischer Versuch sowohl die Handlungen ausgeschlossen" sein, " welche das Verbrechen herbeizuführen nie geeignet wären (sogenannte Wahnverbrechen (Anm.13) ) als auch jene Fälle, wo die nach dem subjektiven Plan des Täters in Absicht auf das Verbrechen unternommenen Handlungen noch nicht so weit vorgeschritten sind,"daß zwischen ihnen und dem Verbrechen in der Tat ein ursächlicher Zusammenhang bestünde" (Anm.14)

Diese Forderung beruhte auf der unzutreffenden Vorstellung, die Erfolgslosigkeit des versuchten Verbrechens bedeute nichts anderes, als daß die Versuchshandlung auch im naturwissenschaftlichen Sinne ohne Erfolg geblieben sei. Das abwegige dieser Vorstellung wird offenbar, wenn man sich vergegenwärtigt, daß Ereignisse, die sich gewissermaßen ins Nichts verlaufen, überhaupt nicht vorstellbar sein. Selbstverständlich zeitigt jede Handlung Wirkungen. Die als Versuchshandlungen bezeichneten Handlungen verursachen lediglich keine strafrechtlich relevanten Erfolge. Die Kugel beispielsweise, die statt im Kopf des anvisierten Opfers, in einem danebenstehenden Baum einschlägt, hat außer einer Luftbewegung, den Schallwellen, dem Rückschlag des Gewehrs und möglicherweise dem Schreck des Opfers ein Loch im Baum verursacht - alles Folgen, die vom naturwissenschaftlichen Standpunkt aus nicht etwa minderen Ranges sind. Lediglich die im Strafgesetz vorgegebene rechtliche Wertung läßt die aufgezählten Folgen irrelevant erscheinen. Die Erfolgslosigkeit des Versuchs liegt also nicht im Ausbleiben jeglichen Erfolgs, sondern nur im Nichteintritt ganz bestimmter Erfolge. Mithin bestehen auch hinsichtlich der Kausalität zwischen Versuch und Vollendung keine Unterschiede; allein aus der naturwissenschaftlichen

12. Herbst Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechts 7.Aufl. 1882 S.86

13. Gemeint ist wohl der absolut untaugliche Versuch.

14. Herbst aaO. S.86. Das Zitat zeigt, wie unklar teilweise die Vorstellungen über das Wesen der Kausalität waren. Stets ist nur die Rede von einem ursächlichen Zusammenhang zwischen Handlung und Verbrechen. Ein Verbrechen kann jedoch streng

Perspektive der Kausalität betrachtet, der gemäß es nur auf den Erfolgseintritt schlechthin, nicht aber auf die Bewertung des Erfolgs nach rechtlichen Gesichtspunkten ankommt, stehen sich - jedenfalls, was die Folgeseite der Handlung betrifft - Versuch und Vollendung gleich. Wie bereits im ersten Teil der Arbeit ausgeführt, war es ein Irrweg, das Wesen des Versuchs von dieser Seite her erklären zu wollen. Doch nicht einmal die unlösbaren Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen der Gruppe der strafbaren und nicht strafbaren Versuchshandlungen hat die genannten Schriftsteller davon abgehalten, diesen Weg zu beschreiten. Einige Beispiele dafür, wie die Abgrenzung versucht worden ist, sollen die Schwierigkeiten verdeutlichen, mit denen sich die Lehre damals abmühte und die bis heute nicht aus der Diskussion innerhalb der österreichischen Strafrechtsdoktrin verschwunden sind. (Anm.15)

#### I. Die Lehre von Hye

von Hye verneinte strafbaren Versuch bei untauglichem und fehlendem Objekt. Als fehlend sah er ein Objekt an, wenn es überhaupt nicht existiert, wenn also z.B. ein Mordanschlag auf eine Leiche verübt wird (Anm.16); aber auch dann sollte seiner Ansicht nach kein Tötungsversuch vorliegen, wenn das Opfer nur nicht an dem angenommenen Platz war, wenn etwa an Stelle des vorgesehenen Opfers eine Puppe im Bett lag. (Anm.17).

genommen nicht verursacht werden. Denkbar ist nur, eine zu einem bestimmten Erfolg führende Handlung als Verbrechen zu bezeichnen. Die Beziehung zwischen Handlung und Verbrechen kann daher nicht durch die Ursächlichkeit der Handlung, sondern nur durch deren Bewertung hergestellt werden. Ein Vorgang, der in eine völlig andere Kategorie einzuordnen ist.

15. Vergl. die Verhandlungen der österreichischen Strafrechtsreformkommission unten S. 264 ff.

16. Hye aaO. S. 312

17. Hye aaO. S. 313 ff



## 2. Die Lehre von Herbst

Herbst pflichtete dagegen von Hye nur insoweit uneingeschränkt bei, als er den Versuch an überhaupt fehlendem Objekt für straflos hielt. (Anm.18) Existiert jedoch das Objekt des Verbrechens, ist es lediglich nicht zur Stelle, wenn der Täter seinen Verbrechensplan in die Tat umsetzt, wollte Herbst nur von Fall zu Fall entscheiden, ob strafbarer Versuch vorliegt, ohne freilich zu sagen, auf welche Abgrenzungskriterien er beim Abstellen auf die Eigenart des Einzelfalls rechnete.

## 3. Der Standpunkt Geyers

Ebenso verfuhr auch Geyer (Anm.19), der seine Stellungnahme gegenüber von Hye nur dahin präziserte, daß jedenfalls der Schuß auf das Opfer, das tatsächlich im Bett, nur nicht gerade an der Stelle, an der die Kugel einschlug, lag, als Tötungsversuch zu werten sei. Für die Fälle, daß sich das Opfer im Bett nebenan, im Zimmer nebenan, im Haus nebenan oder auch ganz woanders befindet, verwies Geyer ebenso wie Herbst auf den Einzelfall -dies obwohl er bereits hinreichend detaillierte Einzelbeispiele angeführt hatte und nicht zu sehen ist, worin er in dem konkreten Fall weitere Aufschlüsse erwartete. Es kann nicht geleugnet werden, daß die genannten Autoren das Problem der Strafbarkeit des Versuchs zu einer Frage von Zentimetern oder Metern gemacht haben. (Anm.20)

18. Herbst aaO. (Handbuch) S.89

19. Geyer aaO. (Thatbestand) S.70

20. Vollends verwirrend war die Ansicht Hyes, daß strafbarer Versuch dann anzunehmen sei, wenn jemand sich z.B. in einer Uhrmacherwerkstatt einschließen läßt und dann infolge einer Verwechslung statt einer fremden eine eigene Uhr entwendet. Obwohl die eigene Uhr kein taugliches Verbrechenobjekt darstellt, glaubte Hye versuchten Diebstahl mit der Erwägung bejahen zu können, daß schon im sich einschließen lassen die wirkliche Ausübung einer Diebstahlshandlung liegt, nämlich "ein strafbarer Versuch eines Diebstahls überhaupt". (aaO.S.314 ff) Wer dagegen ein Uhr entwende, die ihm, ohne daß er davon gewußt hätte, hinterlassen worden war, sollte nach Hye (aaO. S.314) straflos bleiben. Unabhängig davon, wie man zu der Vorstellung des "Diebstahls überhaupt" steht, muß festgestellt werden, daß die Konzeption Hyes den privilegiert, der seinen Verbrechensentschluß bereits auf ein bestimmtes Objekt konkre-

Ähnlich unsicher war die Abgrenzung des untauglichen vom (relativ) tauglichen Mittel , von denen die Anwendung des ersteren den Versuch straflos lassen sollte, während die Verwendung des letzteren zur Bestrafung des Versuchs führte (Anm.21). Ein Versuch mit untauglichen Mitteln wurde von den zitierten Autoren nicht als Ausführungshandlung angesehen, da die Ausführungshandlung nicht nur als Manifestation des verbrecherischen Willens, sondern als objektiv erkennbares Teil des geplanten Verbrechens verstanden wurde. Daneben versuchte aber Geyer seinen Standpunkt mit den "allgemeinen Grundsätzen der Zurechnung " zu erklären (Anm.22): "Die Handlung ", so lehrte er , " kann nur zugerechnet werden , wenn sie gewollt wurde, wird dagegen gethan, was nicht gewollt wurde, so darf man nicht zurechnen." Und : "Die Regeln der Zurechnung verbieten es hier dem Thäter , was er geradezu gegen seinen Willen that, zuzurechnen." Wer z.B. irrtümlich Zucker statt Gift in den dem Opfer zugedachten Kaffee schüttet, könne wegen versuchter Tötung also nicht bestraft werden, weil ihm das Zucker-in-den-Kaffee-Schütten nicht zugerechnet werden dürfe.

tisiert und damit auch in besonders gefährlicher Weise festgelegt hat. Der Gedanke, daß dann, wenn eine bestimmte Handlung als tauglich beurteilt worden sei, der Erweis ihrer Untauglichkeit im weiteren Verlauf der Handlung dieses ursprüngliche Urteil nicht mehr revidieren könne, findet sich auch bei Geyer GS 18 (1866) S.54.

21. Für die Unterscheidung von tauglichen und untauglichen Mitteln: Hye aaO. S. 321 ff, Herbst aaO. S.89, Geyer Erörterungen .... S.61 ff, GS 18 (1866) S.52 ff.
22. Geyer: Erörterungen über den allg.Thatbestand der Verbrechen S.61.

Der Einwand gegen diese Ansicht liegt auf der Hand und ist von Kritikern Geyers sofort vorgebracht worden (Anm.23): Das Zucker-in-den-Kaffee-Schütten erfüllt keinen Straftatbestand. Ob dieser Erfolg dem Täter zugerechnet werden kann, interessiert vom Standpunkt des Strafrechts daher nicht. Um diese Frage geht es nicht, vielmehr ist allein problematisch, ob das, was sich lediglich der Täter als tatsächlich vorliegend vorgestellt hat, wie eine Realität zugerechnet werden kann - eine Frage, die bekanntlich von den Verteidigern und Gegnern der Beweiskraft des sogenannten umgekehrten Subsumtionsirrtums verschieden beantwortet wird. Geyer fügt daher in der Sache dem auch von anderer Stelle vorgetragenen Argument, daß die Strafbarkeit einer Tat von zwei Faktoren - der bösen Absicht und der Übeltat im objektiven Sinne - abhängt, nichts hinzu.

Welches Mittel eine Tat zu einer Übeltat macht, war auch in Österreich stets umstritten. Die Meinungsverschiedenheiten entzündeten sich insbesondere an der Behandlung der zwar für qualitativ tauglich, jedoch für unzureichend angesehenen Mitteln. Hye (Anm.24) und Herbst (Anm.25) hielten den Versuch mit unzureichenden Mitteln für strafbar. Geyer (Anm.26) dagegen ließ sich,

23. Geyer zitiert in GS 18/66 den Aufsatz von Walther in Münchener Krim.Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft V.Bd. S.42 ff (45), wo dieser bemerkt, daß es sich "in den angeführten Fällen nicht um Beurteilung des Zuckerreichens sondern um die Beurteilung einer äußeren Tätigkeit in der Absicht, eine Vergiftung ..... zu vollbringen" handele.

24. aaO. S. 324.

25. aaO. S. 89.

26. GS 18 S. 70, 74, Erörterungen über den allg.Tatbestand der Verbrechen S. 65 ff.

gestützt auf das Werk des Mediziners Böchers " Die Vergiftungen in forensicher und klinischer Beziehung " 1857 von der Überzeugung leiten, daß kein Stoff "an sich" Gift sei. Vielmehr seien Gifte von Arzneien nicht grundsätzlich zu unterscheiden; was Gift, was Arznei sei, richte sich allein nach der Dosis.

Geyer lehnte deshalb die Trennung von untauglichen und unzulänglichen Mitteln ab. Hatte die objektive Lehre bereits Mühe, das Vorgehen des Täters in den Fällen des beendeten Versuchs trotz erwiesenen Fehlschlagens für im Ansatz ursächlich bzw. tauglich zu erklären, so mußte sich Geyer darüber hinaus vorwerfen lassen, seine Theorie führe zur Straflosigkeit nahezu aller Versuchsfälle. Geyer versuchte sich gegen diesen Vorwurf durch eine Einschränkung zu wehren: Wer Gift in kleinen Rationen verabreiche, sei dann zu bestrafen, wenn er mit der allmählichen Vergiftung bis zum Eintritt des Todes fortfahren wolle, indessen - etwa infolge Entdecken seines Tuns - nicht zum Ziel gelange. Hatte der Täter die gleiche Menge Gift dagegen mit dem Plan verabreicht, nur eine von vornherein bestimmte, objektiv unzureichende Menge Gifts zu geben, sollte er nach Geyers Meinung straflos bleiben.

Gegen die Systemimmanenz dieser These erhoben sich allerdings bald Einwände. Walther (Anm.27) stellte fest: " Eine und dieselbe Tätigkeit soll also danach einmal strafbar, das andere Mal straflos sein, je nachdem der Handelnde in futurum seine verbrecherische Tätigkeit fortzusetzen beabsichtige oder nicht; mit anderen Worten Geyer bestraft nicht wegen des bereits Geschehenen, sondern wegen etwas bloß Beabsichtigtem".

Dagegen verteidigte sich Geyer mit dem an sich zutreffenden Hinweis, daß sich die Tauglichkeit auch nach dem Dolus richte (Anm.28):

27. In Münchener krim. Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft V.Bd. S.50 - zitiert nach Geyer GS 18/72.

28. GS 18/73 ff.

"Eine und dieselbe Tätigkeit kann den Dolus a realisieren, zur Realisierung des Dolus b dagegen nicht das mindeste beitragen". Dies kann jedoch nicht darüber hinwegtäuschen, daß die beispielhaft aufgeführten Fälle sich nicht auf der Tat, sondern auf der Willensseite unterscheiden. Geyer hat damit - wohl wider Willen - gerade bekräftigt, daß der Versuch allein von der subjektiven Tatseite her erfaßt werden kann und daß eine Handlung nur im Lichte des Tatentschlusses ihre Bedeutung erhält und diese auch nicht aus sich selbst entwickelt. Wird aber ein und dieselbe Handlung (beurteilt nach ihrem äußeren Erscheinungsbild) je nach dem dahinterstehenden Willen verschieden behandelt, wird also das äußere Erscheinungsbild nicht als maßgeblich angesehen, dann kann nicht mehr begründet werden, warum überhaupt eine Beziehung zwischen Handlung und vorgesetztem Erfolg in Gestalt der Tauglichkeit eine Rolle spielen soll.

Da auch in Österreich die Anhänger der objektiven Versuchslehre nicht überhaupt jeden Versuch für straflos ansehen wollten, - das hätte bereits die Existenz des § 8 StG verboten - da sie andererseits aber auch nicht die Konsequenzen zu ziehen bereit waren, die eine bis ans Ende gedachte Kritik gegen die Lehre Geyers, der den Versuch mit untauglichen und mit unzureichenden Mitteln gleichsetzte, mit sich gebracht hätte, mußten sie an der Überzeugung festhalten, daß über ein Mittel gesagt werden kann, es sei an sich tauglich oder untauglich.

Über die Fragwürdigkeit dieser Abstraktion ist das Nötige bereits im ersten Teil der Arbeit gesagt worden. Es braucht an dieser Stelle nicht wiederholt werden, da es sich um ein Problem handelt, das nicht allein der österreichischen Lehre zum Versuch anhaftet, sondern schlechthin jeder objektiven Versuchslehre. Daß die Thesen Hyes, Herbsts und Geyers dennoch in manchen Details dargestellt worden sind, obwohl viele damals aktuellen Fragen in Deutschland seit langem als beantwortet gelten - selbst Vertreter der objektiven Versuchslehre haben die auffallendsten Mängel der früher vertretenen Unterscheidung nach der Tauglichkeit durch Einnahme eines ex ante Standpunkts bei der Beurteilung der Ver-



suchshandlung beseitigt (Anm. 29) - hat zwei Gründe : Der erste in praktischer Sicht vielleicht wesentlichere, liegt darin, daß die Rechtsprechung des Obersten Gerichtshofs in Österreich auf den zitierten Lehren basiert. Der zweite Grund ist dogmatischer Art. Bevor auf ihn eingegangen wird, sollten erst einige Entscheidungen zum Problem des untauglichen Versuchs wiedergegeben werden, die exemplarisch erscheinen und die die Schwierigkeiten bei der Abgrenzung des tauglichen vom untauglichen Versuch deutlich erkennen lassen.

### III. Die frühere Rechtsprechung des OGH zum Versuch

---

#### 1. Die früheren Entscheidungen des Obersten Gerichtshofs

Der österreichische Oberste Gerichtshof hat in der Regel die Abgrenzungsschwierigkeiten zwischen strafbarem und straflosem Versuch dadurch bewältigt, daß er die abstrakte Tauglichkeit des jeweils zu beurteilenden Versuchs bejaht hat. Er mag dabei von einer Erwägung geleitet worden sein, die - unabhängig von den Thesen der objektiven Versuchslehre - auch in Deutschland stark vertreten war und noch heute vertreten ist: In den Urteilsgründen der im Jahre 1980 ergangenen Entscheidung OGH-KHSlg Nr.29 heißt es : "Die Strafbarkeit des Versuchs gründet sich darauf, daß er die Absicht, ein Delikt zu begehen, auf eine die Rechtsordnung gefährdende Weise, zu Tage bringt. Eine solche Gefährdung läßt sich ,...., nur dort verneinen, wo die Versuchshandlung mit zur Erreichung des Zweckes völlig und unbedingt ( in abstracto ) untauglichen Mitteln unternommen worden ist. Lag die Ursache des Mißerfolges nur in der Ausführungsweise der That oder in der concreten Beschaffenheit oder Tätigkeit des dienlichen Objekts (....) dann ist strafbarer Versuch anzunehmen."

29. Geyer hat einige Formulierungen gebraucht, die an eine ex ante Betrachtung anzuklingen scheinen. In GS 18/78 führte er aus: "Man kann die Tauglichkeit gewisser Mittel zu gewissen verbrecherischen Zwecken auch im Vorhinein mit vollständiger Sicherheit bestimmen, woraus noch nicht folgt, daß in jedem concreten Fall der Erfolg wirklich eintreten muß. Eine erfolgswahrgangere Tätigkeit muß nicht eine erfolgreiche sein." Hier ist zutreffend beobachtet, daß in einem konkreten Fall das Urteil über eine schwebende Gefahr auf der Unsicherheit über den Ausgang des Geschehens beruht. Dieser Unsicherheitsfaktor .

An dieser Formulierung, die in späteren Entscheidungen wörtlich wiederholt worden ist, (Anm.30), ist vor allem bemerkenswert, daß das Gericht den tauglichen Versuch nicht als Ausnahme aus der Unzahl untauglicher Versuchshandlungen herausgehoben hat, sondern daß es vielmehr von der prinzipiellen Strafbarkeit jeder verbrecherischen Tätigkeit, gleichgültig ob in Gestalt eines vollendeten oder versuchten Verbrechens ausgegangen ist. Es hat damit die Gewichte insoweit verlagert, als es nicht eigentlich die Rechtfertigung für die Bestrafung eines bestimmten Verhaltens gesucht hat, sondern die Rechtfertigung dafür, ein bestimmtes, "an sich" in den Bereich des Strafwürdigen zu rechnendes Verhalten von der Strafbarkeit auszunehmen. Nur dort sei die im Versuch liegende Gefährdung der Rechtsordnung zu verneinen, wo die Versuchshandlung absolut untauglich sei.

Es scheint, als sei durch dieses Verständnis vom Verhältnis des strafbaren zum straflosen Versuch der dogmatische Wert der objektiven Versuchstheorie und der Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch - die Einbeziehung der Versuchslehre in eine objektiv orientierte Unrechtslehre - nicht erkannt worden. Anders ist es nicht zu erklären, daß nicht die konkrete Gefährdung eines Angriffsobjekts oder Rechtsguts, sondern die Gefährdung der Rechtsordnung zum Kernbegriff wurde. Wer allerdings erwartet, die Rechtsprechung hätte von Fall zu Fall eingehend begründet, wann die Gefährdung der Rechtsordnung bzw. ihr Fehlen anzunehmen sei, sieht sich enttäuscht. Die Gefährdung der Rechtsordnung ist vielmehr stets bejaht worden, wenn der verbrecherische Wille in Erscheinung getreten ist. Dies zeigt bereits ein kurzer Überblick über die Rechtsprechung:

wollte Geyer wohl nicht mit der Gegenüberstellung von erfolgsschwanger und erfolgreich herausheben. Zu Unrecht hat er aber auch die Beurteilung eines konkreten Geschehens der einer abstrakten, generellen Tauglichkeit entgegengesetzt. Eine echte Wendung zu dem ex ante Standpunkt, den der Begriff notwendig voraussetzt, ist darin nicht zu sehen.

30. z.B. OGH KH Slg. Nr. 548 (1883), Slg. Nr. 2729 (VI.4.1902)  
In OGH KH Slg. Nr. 3168 (2.3.1906) heißt es: "Die Absicht des Angeklagten den Diebstahl zu begehen ist auf eine die Rechtsordnung gefährdende Weise zu Tage getreten..."

In der bereits zitierten Entscheidung in Slg Nr.297 wurde die Strafbarkeit eines Versuchs der Scheckfälschung bejaht, obwohl die Fälschung " ganz schülerhaft" ausgeführt war und die Unterschrift unter dem Scheck mit der des Kontoinhabers nicht die geringste Ähnlichkeit hatte, weswegen der Kassierer den Schwindel auch sofort bemerkte.

Auch später ging der OGH nicht davon ab, daß selbst grobe Fälschungen, die sofort zu bemerken sind, der Versuchshandlung nicht den Charakter der Tauglichkeit nehmen (Anm.31). In den Gründen der Entscheidungen findet sich jeweils die Erwägung, daß es auf die concrete Untauglichkeit nicht ankommen könne, da sonst jeder Versuch straflos sei. Abstellen müsse man auf die abstrakte Tauglichkeit, die dann stets deshalb bejaht werden konnte, weil das Gericht den hypothetischen Vergleichsfall so bildete, daß die Versuchshandlung tauglich erschien. War die Fälschung plump und wurde sie sofort erkannt, setzte das Gericht an die Stelle dessen, der sich nicht täuschen ließ einen anderen, der weniger geschäftserfahren war."(Anm.32)

Daß die Vorstellung der "abstrakten" Tauglichkeit auf einer Selbsttäuschung beruhte, daß in Wahrheit an die Stelle der wirklichen concreten Situation lediglich eine hypothetische , aber ebenfalls concrete Situation als Vergleichsmaßstab gesetzt wurde, ohne daß nach der inneren Berechtigung gefragt wurde, warum gerade diese und keine andere hypothetische Situation den Vergleichsmaßstab bilden sollte, hat die Rechtsprechung nicht erkannt. Das gilt für die Entscheidungen, die sich mit einem ungeschickten Fälschungsversuch befaßten, nicht anders als für die, die einen fehlgeschlagenen Diebstahlsversuch zum Gegenstand hatten.

31. Vergl. OGH-KH Slg.Nr. 2729 (11.4.1902), ferner OGH-KH Slg Nr.1242 (1888), OGH SST XIX Nr. 77 (4.12.1947), schließlich OGH SST XXI Nr.82 (1.9.1950).

32. So OGH-KH Slg.Nr. 1242

Ist der Täter nicht zum Ziel gekommen, weil die Mittel , die er anwandte, unzulänglich waren, hat der OGH stets strafbaren Versuch angenommen, sei es, daß der Nachschlüssel nicht paßte (Anm.33) oder daß sich das eingesetzte Messer (Anm.34), der Bohrer (Anm.35), das Stemmeisen (Anm.36) und der Schraubenzieher (Anm.37) als zum Öffnen eines Tresors oder Schrankes ungeeignet erwies.

Das vordergründig schlagend anmutende Argument, ein Nachschlüssel diene gerade zum Öffnen von Schlössern, sei also tauglich, erweist sich bei näherer Prüfung als Zirkelschluß, denn daß ein Nachschlüssel tauglich sei, ergibt sich nur aus seiner Begriffsbestimmung, die aber vom OGH gerade so gewählt worden ist, daß sie die Tauglichkeit notwendig einschließt. Das Urteil über die Tauglichkeit hängt damit davon ab, wie das beim Versuch der Straftat eingesetzte Mittel benannt wird. Daß für die Tauglichkeit eines Messers, Bohrers, Stemmeisens, Schraubenziehers das gilt, was zur Tauglichkeit einer erfolglosen Fälschung gesagt wurde, bedarf keiner weiteren Erläuterung.

In einer Reihe von Fällen hat sich die Rechtsprechung mit der Frage beschäftigt, wann ein Abtreibungsversuch wegen der Anwendung untauglicher Mittel straflos sei. In allen Fällen ist der OGH auffallenderweise zur Strafbarkeit gelangt, obwohl hier Gelegenheit gewesen wäre, die objektive Versuchstheorie dahin zu nutzen, Abtreibungsversuche von der Strafbarkeit auszunehmen, die an der Grenze des lächerlichen lagen, etwa den Fall, daß eine Frau 3 Zündholzköpfchen in Milch auflöste und diese dann trank (Anm.38). Der OGH führte in der Begründung der diesen Fall be-

33. So OGH-KH Slg.Nr.548 (1883)

34. So OGH-KH Slg.Nr. 3168 (2.3.1906)

35. So OGH-KH Slg.Nr.3168 (2.3.1906) OGH SST II Nr.4(21.4.1922)

36. OGH-KH Slg.Nr.4151 (1914) OGH SST II Nr.41 (21.4.1922)

37. OGH-KH Slg.Nr.4151 (1914) Strafbar hat der OGH auch den Versuch angesehen, einen Kraftwagen, dessen Lenkung durch eine Sperrvorrichtung blockiert war, in Gang zu setzen. Weder das Objekt noch die Mittel des Versuchs seien absolut untauglich - OGH SST XXIV Nr. 62 (12.10.1953)-

38. OGH-KH Slg.Nr.2335 (20.1.1899)

treffenden Entscheidung aus, Phosphor sei an sich zur Abtreibung geeignet, notwendig sei nur eine größere Menge. Das Mittel sei nicht in abstracto untauglich, es sei nicht einmal in concreto untauglich gewesen, da es zum Erbrechen geführt habe und Erbrechen einen Abortus verursachen könne.

Diese Entscheidung bestätigte das Gericht in einem ähnlich gelagerten Fall (Anm.39). Zwar schränkte es hier den ursprünglichen Standpunkt dahin ein, daß Phosphor nach Auskunft von Sachverständigen kein spezifisches Abortivmittel sei, daß es aber in "einer gewissen Menge" ... "allgemeine Vergiftungserscheinungen und dabei auch den Abortus herbeiführen " könne. Nicht anders lautete schließlich die Entscheidung , wenn die Frau " das an sich geeignete Abtreibungsmittel " erbrach (Anm.40) oder wenn eine Dosis von 15 - 20 Chinintabletten in der Absicht, die Frucht abzutreiben, eingenommen worden waren (Anm.41).

Im Streit um die Behandlung der quantitativ unzureichenden Mittel hatte sich der OGH aber gegen Geyer auf die Seite von Hye und Herbst gestellt und sich dadurch allen Unsicherheiten der auf die Vorstellung des " an sich tauglich" gestützten Argumentation ausgeliefert.

Wie der Versuch mit unzulänglichen Mitteln sah der OGH auch den Versuch mit ungeschickt gehandhabten Mitteln als strafbar an. Ein Täter, der infolge seiner eigenen Ungeschicklichkeit ein Messingstäbchen vergeblich in die Gebärmutter einer schwangeren Frau einzuführen versuchte (Anm.42) wurde wegen Abtreibungsversuch ebenso bestraft wie der, der ein Katheder unsachgemäß einsetzte (Anm.43) oder der ohne Erfolg Seifenwasser in die Gebärmutter

39. OGH-KH Slg.Nr.3771 (1910)

40. OGH KH Slg.Nr.865 (1885)

41. OGH SST XIX Nr. 79 (9.12.1947)

42. OGH-KH Slg.Nr. 4186 (1914)

43. OGH SST VI Nr.137 (12.12.1926)



einspritzte. (Anm. 44)

Schließlich behandeln einige Entscheidungen die Frage, wann ein Versuch wegen fehlenden Objekts straflos sei. Alle Entscheidungen gehen von dem Grundsatz aus, es liege " strafbarer Versuch dort nicht vor, wo es an einem Objekt für die beabsichtigte Handlung gebricht" (Anm. 45). Dieser Grundsatz hat jedoch stets eine derart enge Auslegung erfahren, daß alle die Versuchsfälle, in denen das Deliktsobjekt zwar irgendwo existierte, jedoch nicht dort zugegen war, wo es der Täter erwartete, für strafbar angesehen wurden. In der soeben erwähnten Entscheidung (Anm. 46) wollte der Täter dem Opfer eine bestimmte Geldsumme entwenden, die sich jedoch nicht wie erwartet in einer Tasche befand, weil " das Opfer das Geld am Busen versteckt trug".

Auch später wurde der Griff in die leere Tasche immer als Diebstahlsversuch gewertet (Anm. 47), ohne daß der Hinweis unterlassen worden wäre, daß das Opfer tatsächlich im Besitze des Geldes oder der Sache, die der Täter entwenden wollte, gewesen sei. Hatte es der Täter auf bestimmte, gewöhnlich auf einem angestammten Platz liegende Dinge abgesehen, sollte nach Ansicht des OGH der Umstand, daß diese Dinge im Zeitpunkt der Tat "ausnahmsweise" nicht an ihrem Platze waren, den Täter vor der Strafe nicht bewahren können (Anm. 48).

Die Betonung der ausnahmsweisen oder zufälligen Abwesenheit des Deliktsobjekts vom angestammten Platz könnte den Eindruck ent-

44. OGH SST XIX Nr. 82 (23.12.1947)

45. OGH-KH Slg. Nr. 1773 (1894)

46. Vergl. Anm. 45

47. OGH-KH Slg. Nr. 3781 (1910) ferner OGH SST V Nr. 84 (3.7.1925) wo "Strafbarer Versuch durch Erbrechen eines leeren Behältnisses" (Leitsatz) angenommen wurde.

48. OGH-KH Slg. Nr. 3143 (16.12.1905), OGH-KH Slg. Nr. 3855 (1911) wohl auch OGH SST XXII Nr. 93 (12.11.51)

stehen lassen, daß diese durch das Merkmal der Zufälligkeit gekennzeichneten Fälle anderen gegenüber gestellt worden wären, in denen entweder die zum Diebstahl ausersehenen Sachen überhaupt nicht näher vom Täter konkretisiert waren, keinen gewöhnlichen Aufbewahrungsort hatten oder die von diesem Platz gerade zu dem Zweck weggenommen worden waren, den drohenden Diebstahl zu vereiteln. Daß die Strafbarkeitsgrenze nicht so verlaufen sollte, hat der OGH jedoch selbst klargestellt, indem er einen Fall, in dem ein Waschkessel, der gestohlen werden sollte, aus dem Keller, wo er sonst stand, wegtransportiert worden war, wie folgt entschied: " Straßbarer Diebstahlsversuch liegt auch dann vor, wenn der Gegenstand, auf den der Täter es abgesehen hatte, im Zeitpunkt der Tat sich nicht an dem gewöhnlichen Ort befand, sondern, um den Diebstahl zu verhindern, an einem anderen Ort geborgen war" (Anm.49).

Allein auf die Existenz des Diebstahlsobjektes kam es demnach an (Anm.50), und selbst wenn die Existenz nur vermutet wurde, ohne daß hätte gesagt werden können, wo die betreffende Sache zu finden gewesen wäre, wurde der Täter wegen Diebstahlsversuchs verurteilt (Anm.51). Schließlich befand der OGH, daß "nicht Mangel an einem Objekt" vorliege, " wenn der allwöchentlich an einem bestimmten Tag erscheinende Kassenbote an dem erwarteten Tag ( an dem er zwecks Beraubung aufgelauret wird) nicht erscheint" (Anm.52) Nur dann könne der Raubversuch als absolut untauglich be-

#### 49. OGH-KH Slg.Nr.3438 (11.4.1908)-Leitsatz

50. In der Entscheidung OGH-KH Slg.Nr.3855 (1911) wird die allein relevante Frage in dieser Richtung gestellt, wenn auch noch der Leitsatz davon spricht, daß das Objekt der Tat sich "im Zeitpunkt des Angriffs zufällig anderswo befand".

51. Der OGH hat in seiner Entscheidung SST V Nr.84 (3.7.1925) Diebstahlsversuch angenommen, obwohl der Schaukasten, den der Täter erbrechen wollte, am Tage vorher bereits ausgeräumt worden war.

#### 52. Leitsatz von OGH SST XXII Nr. 26 (19.3.1957)

trachtet werden, wenn es überhaupt an einem Objekt gemangelt, der Kassenbote im vorliegenden Falle demnach niemals und unter keinen Umständen dem Weg zur Bank zu gehen gehabt hätte" (Anm. 53).

Alle aufgezählten Entscheidungen sind im Ergebnis zur Strafbarkeit der jeweiligen Versuchshandlungen gelangt. Warum, so fragt man sich, hat die österreichische Rechtsprechung im Prinzip an der objektiven Versuchstheorie festgehalten, wenn sie in der Sache so verfahren ist, wie sie auch nach der subjektiven Lehre hätte entscheiden müssen? Die Ausführungen zur Tauglichkeit der Versuchshandlungen haben in keinem Fall befriedigt und können schwerlich für etwas anderes als für ein überflüssiges Hindernis bei der Begründung der Strafbarkeit des Versuchs angesehen werden. Abgesehen von einem Versuch mit abergläubischen Mitteln, von dem man annehmen kann, daß er von dem OGH jedenfalls für straflos angesehen worden wäre, hat die Rechtsprechung des OGH jedes Mittel für in abstracto tauglich angesehen. Als straflose Versuchsfälle verblieben danach nur die, in denen das Subjekt untauglich war, (Anm. 54) oder das Objekt gänzlich fehlte. Da aber ein Objekt nur dann als fehlend behandelt wurde, wenn es überhaupt nicht existierte, blieb es auch hier regelmäßig bei der Strafbarkeit des Versuchs.

Freilich liegen auch Entscheidungen vor, in denen das Vorhandensein des Tatobjekts zur Voraussetzung der Bestrafung erklärt wurde - etwa das Vorhandensein eines lebenden Embryos beim Ab-

53. Aus der Begründung der in Anm. 52 genannten Entscheidung.

54. Soweit ich sehe, hat der OGH einen Versuch des untauglichen Subjekts nicht zu entscheiden gehabt. Man darf jedoch davon ausgehen, daß der OGH hier Straflosigkeit angenommen hätte.

treibungsversuch (Anm.55). In einer im Jahre 1921 ergangenen Entscheidung (Anm.56) hat der OGH z.B. eine Sache zurückverwiesen, da das vorinstanzliche Gericht zu überprüfen unterlassen hatte, ob "leicht enttragbare Sachen", die der Täter zu entwenden beabsichtigt hatte, "überhaupt, wenn auch nicht gerade am Tatorte vorhanden waren". Diese Entscheidungen sind jedoch vereinzelt geblieben und können nicht den Eindruck verwischen, daß das dogmatische Fundament der vom OGH vertretenen objektiven Versuchstheorie nicht recht/tragfähig war und auf die Entscheidungen im Grunde wenig Einfluß hatte.

Wie bereits angedeutet hat die Rechtsprechung des OGH die objektive Theorie nicht als Erfordernis des gesetzlichen Tatbestandes angesehen, sondern sie hat sie aus einem nach heutigen Begriffen unzutreffenden Verständnis des naturwissenschaftlichen Kausalitätsbegriffs abgeleitet. Diesem Umstand ist es zuzuschreiben, daß der Begriff der Gefährdung der Rechtsordnung eine wesentliche Rolle für die Beurteilung eines Versuchs spielen konnte, denn wäre die objektive Versuchstheorie als Konsequenz eines gesetzlichen -objektiv gefaßten - Tatbestands aufgefaßt worden, und hätte man weiterhin den Tatbestand als Grundlage für das Urteil über das Unrecht der Tat verstanden, wäre kein Platz für den Begriff "Gefährdung der Rechtsordnung" als einem selbständig unrechtsbe gründenden Element gewesen.

55. Vergl. OGH-KH Slg. Nr. 3867 (1911). In dem entschiedenen Fall ging es um die Frage, ob die Frucht im Zeitpunkt der Abtreibung bereits abgestorben war. Diese Frage wurde unter dem Blickwinkel der vollendeten Abtreibung gestellt. Es ist nicht völlig ausgeschlossen, daß der OGH wegen des bereits eingetretenen Todes des Foetus vollendete Abtreibung verneint, versuchte Abtreibung unter Zuhilfenahme der auch sonst verwandten Abstraktionsmethode mit der Erwägung bejaht hätte, die Abtreibungshandlung sei an sich tauglich gewesen, da sie einen noch lebenden Foetus hätte treffen können. Wenn diese Möglichkeit auch nicht völlig ausgeschlossen ist, so ist sie doch im Hinblick auf die Entscheidungen, in denen betont wurde, daß das Deliktsobjekt tatsächlich existieren müsse, nicht wahrscheinlich. Vergl. auch die in der folgenden Anmerkung zitierte Entscheidung.

Geyer, der ebenfalls den Begriff der Tauglichkeit mit dem der Kausalität in Zusammenhang gebracht hatte, glaubte, ohne den Rückgriff auf die "Gefährdung der Rechtsordnung" auskommen zu können und lehrte: " Faßt man ....., wie wir gethan, alle der Vollendung vorausgehenden Handlungen als Stufen der Realisierung einer Absicht auf, so daß sie alle durch die Beziehung auf das eine (verbrecherische) Ziel ihre kriminalistische Bedeutung erlangen, dann muß überhaupt die "Gefährlichkeit" aus dem Spiel gelassen werden" (Anm.57). Gleichgültig wie man zur Durchführbarkeit dieser Ansicht steht, - eine objektive Lehre dürfte bei richtiger Betrachtung ohne den Begriff der Gefährlichkeit überhaupt nicht zu halten sein - muß man anerkennen, daß eine Theorie, die allein die (scheinbare) Geeignetheit einer Handlung, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, über deren Strafbarkeit entscheiden läßt, eher fähig ist, die Bedeutung der gesetzlichen Tatbestände hervorzuheben als eine Ansicht, die eine letztlich unbestimmte Gefährdung der Rechtsordnung zur Grundlage der Strafbarkeit erklärt und damit auf Motive zurückgreift, die möglicherweise beim Zustandekommen des Gesetzes eine Rolle gespielt haben, die aber im Gesetz selbst nicht in Erscheinung getreten sind.

## 2. Die Abgrenzungsschwierigkeiten im Schriftum

Wenn auch die Rechtsprechung - vielleicht aus kriminalpolitischen Gründen - die Beziehung zwischen objektiver Versuchslehre und gesetzlichem Tatbestand nicht verwertet hat, läßt sie sich doch in der Lehre deutlich bemerken. Diese Ansätze zu einer differenzierten Verbrechenslehre sind neben der praktischen Bedeutung der objektiven Lehre in der Rechtsprechung der zweite Grund, die Thesen von Hye, Herbst und Geyer genauer zu untersuchen.

Während Hye noch davon sprach, daß in der Kundgabe des auf eine objektiv strafbare Handlung gerichteten Willens " das objektiv Gefährdende für die rechtliche Ordnung im Staate" läge (Anm.58)

57. Erörterungen über den allg. Thatbestand der Verbrechen S.77



und damit der späteren Rechtsprechung den Weg ebnete, bemerkte er doch andererseits, daß bei Vorbereitungshandlungen " der objektive Thatbestand des Verbrechens " fehlte (Anm.59). Wie Moos zutreffend feststellt, wurde hier der Tatbestandsbegriff von Hye "sogleich in seiner einengenden klarsten Verwendungsmöglichkeit genutzt" (Anm.60).

Ebenso taucht auch bei Herbst der Tatbestandsbegriff auf : (Anm.61) "Eine weitere Bestätigung des aufgestellten Grundsatzes (sc. nur der taugliche Versuch ist strafbar) liegt darin, daß der Versuch.... dasselbe Verbrechen ist, wie das vollbrachte Verbrechen, mithin der Thatbestand des Versuchs kein dem Tatbestand des vollbrachten Verbrechens widersprechendes Merkmal in sich schließen kann, was dann allerdings der Fall wäre, wenn die als Versuch zu bestrafende Handlung des Verbrechens niemals zu realisieren geeignet ist".

Allerdings haben Hye und Herbst dem Tatbestandsbegriff in erster Linie Bedeutung bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch beigemessen. In der Vorstellung, die Vorbereitung unterscheide sich von der Ausführung durch fehlende Kausalität bzw. Geeignetheit (Anm. 62), glaubten sie, mit dem durch das kausale Element der Handlung gekennzeichneten objektiven Tatbestand das passende Abgrenzungskriterium gefunden zu haben. Das Verhältnis von Tatbestand und strafbarem Unrecht wurde dagegen von Hye und Herbst noch nicht erfaßt und wenn auch mit den Worten von Moos gesprochen (Anm.63) in der Lehre von Hye " die kantische Trennung von Legalität und Moralität über das sonst dominierende Imputationsprinzip des empirisch-rationalen Naturrechts der Theresiana gesiegt" haben mag, so kann doch keine Rede davon sein, daß dieser Sieg in vollem Bewußtsein der Tragweite errungen worden wäre, die der Tatbestandsbegriff in der österreichischen Verbrechenslehre und besonders der Versuchslehre noch erlangen sollte.

59. Hye StG S.290

60. Moos: Verbrechensbegriff S.344

61. Herbst: Handbuch S. 87

62. Herbst: Handbuch S.86 (vergl.Zitat oben S.142 )

63. Moos Verbrechensbegriff S. 345

Den Zusammenhang zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit hat seinerzeit nur Geyer wenigstens der Sache nach berücksichtigt, indem er zur bösen Absicht stets auch einen äußeren Erfolg verlangte (Anm.64), was nichts anderes bedeutet, als daß eine Straftat notwendigerweise auch einen objektiven Tatbestand in Gestalt eines bestimmten Erfolgs oder Quasierfolgs erfüllen muß. Doch gerade die Folgerungen aus dem objektiven Charakter eines Straftatbestandes bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zog er nicht. So als hätte beides nichts miteinander zu tun, lehrte er: " Es gibt kein spezifisches Merkmal, um eine Thätigkeit als "vorbereitende" von einer anderen als der "Versuchshandlung" ganz in abstracto zu unterscheiden, wenn beide dennoch nur gesetzt sind, um der Absicht, zu dem gewollten Erfolg zu verhelfen" (Anm.65).

War damit ein wesentlicher Unterschied zwischen Vorbereitungs- und Versuchshandlung geleugnet (Anm.66) mußte das erforderliche Abgrenzungskriterium anderwärts gefunden werden. Geyer griff dabei auf - nicht näher ausgeführte - kriminalpolitische Erwägungen zurück (Anm.67) und beschritt einen Weg, den bereits Hye vorge-

64. Geyer Erörterungen über den allg. Tatbestand S.59, ebenso ders. über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen GS 18/47

65. Geyer GS 18/48 ebenso ders. Erörterungen über den allg. Tatbestand S.72.

66. In den Ausführungen Geyer's zeigt sich, daß der Blick bei einer strafrechtlichen Untersuchung statt auf die Bewertung oder juristische Einordnung einseitig auf die Vorgegebenheiten der Bewertung, die man im naturwissenschaftlichen Bereich zu finden glaubte, gerichtet war. In der Tat besteht vom naturwissenschaftlichen oder überhaupt ontologischen Standpunkt zwischen der Vorbereitungs- und der Versuchshandlung kein wesentlicher Unterschied. Daß dieser nur aus einer spezifisch juristischen Perspektive - nämlich der Tatbestandsmäßigkeit, die bei der Vorbereitungshandlung fehlt, beim Versuch vorhanden ist, entwickelt werden kann, wurde noch nicht erkannt.

67. Er forderte aus kriminalpolitischen Gründen eine "verbrecherische Handlung erst dann" zu bestrafen, wenn sie soweit vorgeschritten ist, daß sich in ihr der Tatbestand des Verbrechens erkennbar darstellt" (GS 18/50). Ebenso unter Berufung auf Hälschner in Erörterungen über den allg. Tatbestand S.77.

zeichnet hatte (Anm.68). Ganz im Gegensatz zu den Forderungen, die er an die Tauglichkeit einer Versuchshandlung stellte, begnügte er sich bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch mit der Erkennbarkeit der beabsichtigten Straftat aus sich selbst heraus und knüpfte mit dieser subjektiv orientierten Theorie an seine These an, die Strafwürdigkeit des Versuchs liege allein in der bösen Absicht des Täters (Anm.69) und: "Die Strafe kann nur als Reaktion gegen den Willen des Übeltäters auftreten" (Anm.70).

Der Tatbestand, der nach Geyer den strafbaren Bereich gegenüber dem untauglichen Versuch abgrenzt, ließ ihn gegenüber den Vorbereitungshandlungen offen. Geyer nahm insoweit also gerade den entgegengesetzten Standpunkt ein wie Hye und Herbst, die den Tatbestandsbegriff für die Abgrenzung verwendeten, in seiner Bedeutung für die Rechtswidrigkeit eines Verbrechens aber unterschätzten.

Diese Gegensätzlichkeit zeigt, wie unsicher sich die einzelnen Schriftsteller um die Anfänge eines modernen Strafrechtssystems bemühten, und es kann nicht verwundern, daß sich die Rechtsprechung aus den Thesen der Wissenschaft diejenigen, die ihm am geeignetsten erschienen, die jeweiligen Versuchsfälle zu behandeln, auswählte. Während die Rechtsprechung von Hye den vagen Begriff der Gefährdung der Rechtsordnung übernommen hatte und sich damit nicht die engen Fesseln eines objektiv bestimmten Tatbestandsbegriffs angelegt hatte, übernahm sie für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch von Geyer die Lehre vom Dolus

68. Hye StG S.290 sah in der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlung ein Mittel, dem Täter möglichst lange die Aussicht auf Straffreiheit zu erhalten, um ihn zur Umkehr zu bewegen. Die Feuerbach'sche Lehre von der Einwirkung der Strafdrohung auf die Disposition des Täters ist unverkennbar.

69. Erörterungen über den allg. Tatbestand S.48.

70. GS 18/44 ferner ders. über den Begriff des Verbrechens. Österreichische Vierteljahresschrift für Recht und Staatswissenschaft 9 (1862/246 und in Kleine Schriften strafrechtlichen Inhalts S.33 ff.

ex re und entzog sich dadurch wiederum einer unbequem erscheinenden Bindung an diesen Begriff. Welche Auswirkungen die Übernahme der Lehre vom Dolus ex re in der Rechtsprechung hatte, gilt es in folgendem darzustellen:

### 3. Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung in früheren OGH-Entscheidungen

Wie wenig Bedeutung dem Tatbestand bei der Bestimmung des strafbaren Unrechts im Versuch eingeräumt wurde, zeigt bereits die Begründung in einer der ersten Entscheidungen des OGH zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. (Anm.71)" ...zum Bestande des verbrecherischen Versuchs ist nicht immer eine wirkliche Ausführungshandlung oder der Beginn der wirklichen Ausübung notwendig, es genügt eine rechtswidrige Handlung, welche darauf gerichtet ist, die dem Verbrechen zugrundeliegende Absicht zu realisieren." Was rechtswidrig ist, soll also nicht erst mit Blick auf den gesetzlichen Tatbestand ermittelt werden, sondern wird bereits als bekannt vorausgesetzt. Der Rückgriff auf außerstrafrechtliche, moralische Leitlinien ist unübersehbar. Etwas später hieß es (Anm.72): " Die Grenzlinie zwischen Versuch und Vorbereitungshandlung liegt ....nicht in der größeren oder geringeren Annäherung an das strafgesetzwidrige Ziel, ob eine Handlung mehr oder weniger Bedingungen zur Erreichung dieses Ziels enthält, ist ebenso wenig ausschlaggebend . Entscheidend ist lediglich, ob trotz des nicht erreichten Ziel\_s die auf dasselbe gerichtete Absicht eine aus dem äußeren Vorgange vollkommen erkennbare Darstellung gefunden hat". Auch in dieser Entscheidung hat zur Bestrafung des Täters genügt, daß das Ziel seiner Bemühungen "strafgesetzwidrig" war. Die Strafgesetzwidrigkeit der Handlung selbst war dagegen nicht für erforderlich gehalten worden.

71. OGH-KH Slg.Nr. 290 (1880)

72. OGH-KH Slg.Nr. 558 (1883), diese Begründung der Abgrenzung aus dem dolus ex re wurde nahezu wörtlich in OGH-KH Slg. Nr. 2533 (7.12.1900) wiederholt.

Da nicht die Tat selbst, sondern nur der angestrebte Erfolg der Tat rechtswidrig sein mußte, wird der Blick von selbst auf die Absicht des Täters gelenkt, von der nur vollständigen Erkennbarkeit in dem äußerlich sichtbar gewordenen Teil der Tat verlangt wurde, ohne daß die Absicht als Verbrechenselement im dogmatischen Verbrechensaufbau einen Platz gefunden hätte. Zwar finden sich auch einige Entscheidungen, die isoliert betrachtet Anzeichen für eine objektiv am Tatbestand des versuchten Verbrechens ausgerichtete Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zu enthalten scheinen, die Rechtsprechung des OGH ist jedoch stets zu einer Abgrenzung nach der Theorie vom Dolus ex re zurückgekehrt. Immerhin lohnt es aber, aus manchen der objektiv getönten Erkenntnisse des OGH beispielhafte Zitate zu bringen.

In einer Entscheidung aus dem Jahre 1895 (Anm.73) heißt es, ein Versuch sei dann anzunehmen, "sobald eine äußere Handlung (§ 11 StG) gesetzt wird, in welcher die auf Erreichung eines bestimmten, strafrechtlich verpönten Erfolges gerichtete Absicht des Täters eine aus den Umständen erkennbare und nicht anders zu deutende Darstellung findet, denn eine solche Handlung gehört bereits dem Tatbestand des beabsichtigten Verbrechens an". Nicht als Teil des Tatbestandes wohl aber in einer objektiven Beziehung sah eine spätere Entscheidung (Anm.74) den Versuch im Gegensatz zur Vorbereitung an. Es heißt dort, eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung sei "nicht der Beginn der Ausführung, nicht der Beginn der Verwirklichung eines Teils des Tatbestandes. Der wegen Versuch strafbare Täter muß zur Ausführung seines bösen Vorsatzes entschlossen sein und eine Ausführungshandlung gesetzt haben, die sich durch ihren unmittelbaren Zusammenhang mit dem beabsichtigten Enderfolge kennzeichnet."

73. OGH-KH Slg.Nr.182 (1895)

74. OGH SST I Nr.66 (22.7.1921)



Schließlich heißt es einmal (Anm.75): " Die Handlung muß mit dem beabsichtigten Verbrechen in einem objektiv ursächlichen Zusammenhang stehen, sie muß sich durch einen bestimmten Zusammenhang mit dem beabsichtigten Enderfolg kennzeichnen". Erfülle eine Handlung diese Voraussetzungen nicht, sei sie nur als Vorbereitungshandlung zu werten.

Derartige Äußerungen sind in der Rechtsprechung jedoch vereinzelt geblieben. Es überwiegen die Entscheidungen, die allein auf die Erkennbarkeit des deliktischen Entschlusses abstellen. Dabei hatte die Rechtsprechung vor allem mit der Schwierigkeit zu kämpfen, daß nahezu jede Handlung ihrer äußeren Erscheinung nach vieldeutig ist und kaum jemals den Rückschluß auf den Willen zuläßt, der ihre Richtung bestimmt.

Anfangs glaubte der OGH, an der These, daß ab einem gewissen Stadium der Tat der Verbrechensentschluß offenbar werde, uneingeschränkt festhalten zu können. Im Gegensatz zu der uns vertrauten Vorstellung der Finalisten, daß eine Handlung ihrem Begriffe nach nur aus ihrer Finalität erklärt werden könne, glaubte der OGH die Finalität aus der äußerlich "objektiv" erkennbaren Handlung ableiten zu können. Dabei verblüfft, in welchem frühen Stadium der Tat sich der OGH zu der Feststellung des bösen Willens in der Lage sah: Schon in der Beschaffung von Falsifikaten sah er den Versuch einer ( erst mit deren Weitergabe tatbestandlich gem. §109 StG erfüllten) Kreditpapierverfälschung an, ; weil sich ja ein anderer Zweck einer solchen Anschaffung absolut nicht denken läßt". (Anm.76) Das Bemühen, für ein falsches Maß die Eichung zu erlangen, sollte den Versuch eines Betrugs begründen sollen. (Anm.77) Wegen Versuch des Wildddiebstahls bestrafte der OGH einen Mann, der mit

75. OGH SST IV Nr.26 (17.3.1924)

76. OGH-KH Slg.Nr.290 (1880)

77. OGH-KH Slg.Nr. 317 (1881)

angeschwärztem Gesicht und umgehängten Gewehr auf dem Marsch zu dem noch eine Stunde entfernten (!) Revier überrascht worden war, da die Intention des Täters aus seinem Verhalten bereits " für die Außenwelt unzweifelhaft und unverkennbar" hervorgetreten war, (Anm. 78) wobei in der Urteilsbegründung der ver-räterische Hinweis zu finden ist, daß der Täter sein Vorhaben gestanden habe.

Bestraft wurde ferner ein Mann, der sich als Polizist ausgegeben hatte, die Öffnung der Haustür verlangte und eine Durchsuchung nach Falschgeld vornehmen zu müssen vorgab, wegen versuchten Betrugs (Anm.79). Bestraft wurde ferner ein Mann, der sich mit einem Stemmeisen hinter einem Holzstoß versteckt hatte, wegen versuchten Einbruchdiebstahls (Anm.80), sogar die bloße Frage in einem Geschäft, ob eine Banknote gewechselt werden könne, ohne daß der Täter die - gefälschte-Banknote vorgelegt hätte, sah der OGH (Anm.81) als Versuchshandlung an, nicht ohne zu betonen, daß die verbrecherische Absicht " eine aus den Umständen erkennbare und nicht anders zu deutende Darstellung" finden müsse. (Anm.82)

Auch nach der Jahrhundertwende hielt die Rechtsprechung unverändert an ihrer Ansicht fest, wie einige weitere Beispiele deutlich zeigen: Als Diebstahlsversuch wurde gewertet, daß Täter ein Telegramm abgeschickt hatten, um das Opfer von zu Hause wegzulocken, daß sie zum Haus des Opfers fuhren und vor diesem auf und ab gingen, um zu überprüfen, ob das Haus leer sei (Anm.83).

78. OGH-KH Slg.Nr. 497 (1882)

79. OGH-KH Slg.Nr. 1104 (1887)

80. OGH-KH Slg.Nr. 1538 (1892)

81. OGH-KH Slg.Nr. 1812 (1895)

82. Vergl. Zitat der betreffenden Passage oben S. (zu Anm.73)

83. OGH-KH Slg.Nr.2969 (20.6.1904)

Ebenfalls wegen Diebstahlsversuchs wurden mehrere Männer bestraft, die im Garten eines Hauses eine ganze Nacht auf eine günstige Einbruchsmöglichkeit gewartet hatten (Anm.84) und auch im Einschleichen in ein Haus unter Mitnahme von Werkzeugen und im Anklopfen an Türen, um sich zu überzeugen, ob jemand auf dem Dachboden sei (Anm.85) bzw. im Hinaufsteigen auf die Bodentreppe eines Dachstuhls (Anm.86) wurde ebenso ein Diebstahlsversuch gesehen wie im Herumschleichen um ein Auto, im Besteigen der Trittbretter und im Öffnen der Wagentür (Anm.87) und im nächtlichen Eindringen in einen Weinkeller (Anm.88).

Diese Reihe ließ sich beliebig erweitern (Anm.89), sie genügt jedoch, um darzulegen, daß die These, die verbrecherische Absicht lasse sich aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tat erkennen, auf einer Fiktion beruhte. Ausgenommen vielleicht den Fall, in dem eine Schwangere eine Hebamme vergeblich um die Vornahme einer Abtreibung bat (Anm.90), ist in keinem der entschiedenen Fälle ausgeschlossen, die Handlungen, derentwegen die Strafen verhängt wurden, anders zu deuten, als dies der OGH getan hat. Manche als Versuch gewerteten Tätigkeiten sind nach außen völlig unverfänglich - etwa die Frage, ob eine Banknote gewechselt werden könne - andere erregen allenfalls den Verdacht, daß der Täter etwas gesetzwidriges im Schilde führt, ohne daß bereits gesagt werden könnte, was der Täter im einzelnen vorhat und auf welches Objekt sich sein Wille konkret richtet.

84. OGH-SST II Nr. 10 (3.2.1922)

85. OGH SST III Nr. 42 (18.6.1923)

86. OGH SST III Nr.72 (19.10.1923)

87. OGH SST XVI Nr.85 (12.10.1936)

88. OGH SST XX Nr.88 (13.5.1949)

89. z.B. nur die Fälle des versuchten Versicherungsbetruges in OGH SST VIII Nr.113 (21.9.1928) und OGH SST Nr.37 (10.4.1929) wo bereits die Vortäuschung des Schadens ( im ersten Fall Einbruchsdiebstahl, im zweiten Unfall) ein Betrugsversuch gesehen wurde, obwohl der Täter noch nicht an die Versicherung herangetreten war.

90. OGH SST XVIII Nr. 62 (27.9.1938)

Mit diesem allgemeinen Verdacht hat sich der OGH im allgemeinen begnügt. Auch hierin zeigt sich, daß der böse Wille an sich, nicht ein bestimmtes/tatbestandliches Verhalten als eigentlich strafwürdiges Element einer Tat angesehen wurde. Um diesen bösen Willen festzustellen, lag es nahe, nicht nur die äußere Handlung auf ihn hin abzusuchen, sondern auch zu fragen, ob der Täter fähig sei, den bösen Willen zu entwickeln. Dieser Versuchung, von der Tat auf den Täter überzugehen und die in der Tat nur undeutlich zum Vorschein gekommene verbrecherische Absicht vollends durch eine Beurteilung des Täters aufzudecken, ist der OGH mehrmals erlegen: Er hat einen Mann, der zwischen Bahngleisen lag und auf Züge aufspringen wollte, um diese zu berauben, wegen versuchten Raubes bestraft, da seine Absicht aus der äußerlich wahrnehmbaren Handlung vollkommen erkennbar gewesen sei (Anm.91). Zweifel an dieser Feststellung versuchte der OGH mit dem Hinweis auszuräumen, der Täter sei einschlägig vorbestraft. Nicht anders verurteilte der OGH einen durch den Hinweis auf mehrere einschlägige Vorstrafen als " Wilderer " gebrandmarkten Mann wegen versuchten Wilddiebstahls, weil er sich mit einem Gewehr und ohne Waffenpaß in einem fremden Jagdgebiet aufgehalten hatte. (Anm.92): Die Absicht zu wildern sei " in einer jeden Zweifel ausschließenden Art an den Tage gelegt" worden.

Für einen Vorbestraften hat diese Rechtsprechung die offensichtliche Folge, daß er die Schwelle zur Strafbarkeit viel eher überschreitet als ein anderer, von dem ein Verbrechen gemessen an seinem Vorhaben nicht unbedingt zu erwarten ist. Daß eine derartige Differenzierung mit dem Grundsatz im Widerspruch steht, nachdem jedermann den Strafgesetzen in gleicher Weise unterworfen ist, liegt auf der Hand.

91. OGH SST III Nr.62 (24.9.1923)

92. OGH SST V Nr.98 (7.9.1925)

In späteren Entscheidungen ist der OGH wieder davon abgekommen, an Hand der Vorstrafen die Eindeutigkeit der verbrecherischen Absicht nachzuweisen. Zugleich sah er sich jedoch erneut mit dem Problem konfrontiert, daß in den seltensten Fällen die äußere Tat den ihr zugrundeliegenden Willen unzweideutig erkennen läßt (Anm.93), so wie es der OGH selbst in früheren Entscheidungen stets gefordert hatte. (Anm.94) Nach und nach ließ er daher seine Forderung fallen, die böse Absicht müsse "unzweideutig" erkennbar sein. Bereits im Jahre 1906 (Anm.95) sah er eine unzweifelbare Verwirklichung des Vorsatzes bereits darin, daß "der zum Tatbestand des Diebstahls erforderliche Dolus .... eine nach außen hin erkennbare Darstellung erfahren" hat. Der Vorsatz hatte also nicht eine "unzweifelbare" Darstellung gefunden, sondern nur der "unzweifelbare" Vorsatz war erkennbar - ein Unterschied, in dem sich die Verschiebung der Rechtsprechung bereits ankündigt.

Diese Tendenz setzte sich fort in der 1925 gefällten Entscheidung, daß "die Beschaffung eines Klichees, welches nur zur Nachahmung von Czerwonetznoten verwendet werden kann, .... die Absicht des Täters, dieses Kreditpapier nachzuahmen, klar erkennen" läßt, ohne daß es auf die Nähe zum angestrebten Erfolg ankäme (Anm.96) und gipfelte in dem Leitsatz (Anm.97): "Für die Annahme einer zur

93. Nur dann dürfte diese Unzweideutigkeit vorliegen, wenn die äußere Tat gerade in der Äußerung des Willens bestand.

94. Vergl. etwa die bereits zitierten Entscheidungen Slg.Nr. 497(1882), 588(1883), 1104(1887), 1538(1892), 1812(1895) wo verlangt wird, daß die verbrecherische Absicht eine "nicht anders zu deutende Darstellung findet", 2533(7.12.1904), 3074 (15.5.1905), SST II Nr.10 (3.2.1922), SST III Nr.42 (18.6.1923).

95. OGH-KH Slg.Nr.3256 (1906)

96. OGH SST V Nr.12 (23.1.1925)

97. OGH SST XVI Nr.85 (12.10.1936) Einige Jahre vorher hatte der OGH (SST IX Nr.37 (10.4.1929) eine Entscheidung wie folgt begründet: "Diese Handlungen der Ang. folgten (der Angeklagte hatte einen Unfall vorgetäuscht um später von seiner Versicherung Ersatz des angeblichen Schadens zu verlangen) lassen eindeutig (!) und unter Ausschluß eines jeden



wirklichen Ausübung führenden Handlung i.S. des § 8 StG ist nicht erforderlich, daß der auf eine bestimmte strafbare Handlung gerichtete Vorsatz derart mit Sicherheit aus den vom Täter bereits ausgeführten Handlungen geschlossen werden könne, daß jede andere Deutung seines Tuns denkgesetzwidrig wäre." Erläuternd heißt es dazu in der Begründung, bei der Beurteilung der Bedeutung der Handlung sei nicht nur diese selbst, sondern auch andere mit ihr im Zusammenhang stehende Umstände zu berücksichtigen.

Welcher Art diese Umstände sind, verschweigt das Urteil. Wenn sie aber mit der Tat nur im Zusammenhang stehen, diese aber nicht selbst kennzeichnen sollen, kann es sich allein um den Täter betreffende Umstände oder aber um Anzeichen des bösen Willens handeln, die gerade nicht in der Tat selbst zum Vorschein gekommen sind. Die Fragwürdigkeit der erstgenannten Möglichkeit ist bereits zur Sprache gekommen: Die Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch wird nicht durch das Gesetz bestimmt, sondern richtet sich von Fall zu Fall nach der mutmaßlichen Gefährlichkeit des Täters. Die zweite Möglichkeit entfernt sich sichtbar von den Prämissen der Dolus ex re Theorie, die dahin lauten, daß die Tat ausschließlich als Indikator des verbrecherischen Entschlusses zu gelten hat.

Eine Ergänzung der Dolus ex re Lehre durch andere Abgrenzungskriterien ist ihrem Begriffe nach ausgeschlossen. Im Hinblick darauf könnte man diese Theorie als gescheitert betrachten. Der OGH hält an ihr jedoch weiterhin unbeirrt fest und läßt es "auf die mehr oder minder große Annäherung an den tatbildmäßigen Erfolg" nicht ankommen (Anm.98), sondern begnügt sich mit der Fiktion, daß "die auf den gesetzwidrigen Erfolg gerichtete Absicht

Zweifels (!) die von ihnen übrigens zugegebene (!!) Absicht erkennen, durch Vortäuschen eines Unfalls die Versicherungsgesellschaft im Irrtum zu führen und sie zu einer sie an ihrem Vermögen schädigenden Handlung, nämlich zur Auszahlung der Versicherungssumme, zu veranlassen."

des Täters eine schon aus seinem äußeren Verhalten klar erkennbare Darstellung gefunden hat". (Anm.99)

Die Rechtsprechung, das hat die bisherige Untersuchung gezeigt, ist also auf dem Stand der Versuchsdogmatik des vorigen Jahrhunderts stehen geblieben und hat dabei nicht einmal Konsequenz gezeigt. Vielmehr hat sie versucht, einen objektiven Standpunkt zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs mit einem subjektiven zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung zu verknüpfen. Diese Ungereimtheiten mögen ihre Ursachen auch darin gehabt haben, daß der Begriff des Tatbestandes noch nicht deutlich genug herausgearbeitet war. Zwar war bei Hye vom Tatbestand im Zusammenhang mit der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung die Rede, ungeklärt war jedoch noch weitgehend, welche Bedeutung der Tatbestand im Verbrechensaufbau haben sollte und ob er insbesondere mit dem Wortlaut des Gesetzes gleichzusetzen oder von diesem zu unterscheiden sei.

Diese Frage taucht insbesondere für den Rücktritt vom Versuch auf. Die strafbefreiende Wirkung des freiwilligen Rücktritts steht gem. § 8 StG außer Zweifel. Da jedoch § 8 StG wie eine Definition formuliert ist, aus der die Straffreiheit des Versuchs nur im Wege eines Umkehrschlusses herausgelesen werden kann, wird die Ansicht vertreten, der fehlende Rücktritt sei Wesensmerkmal des Versuchs und damit ein negatives Tatbestandsmerkmal.

4. Der Tatbestandsbegriff und das Problem des Rücktritts vom Versuch bei Hye und Herbst

Hye hat die Vorstellung, daß der fehlende Rücktritt ein negatives Tatbestandsmerkmal des Versuchs sei, abgelehnt und gelehrt, daß der Rücktritt die Handlung, " deren Strafbarkeit bereits vorhanden war" , ... " wieder straflos" werden läßt (Anm.100).

99. OGH in ÖJZ 1964 S.24 (Evidenzblatt Nr.15)

100. Hye StG S.328

Ebenso wie mit der Verwendung des Tatbestandsbegriffs bei der Abgrenzung von Vorberitung und Versuch, hat er mit dieser Auffassung vom Rücktritt den Weg gewiesen, auf dem der Begriff des Tatbestandes als Unrechtstypus zu entwickeln ist. Dieser war von allen Elementen freizuhalten, die zum Unrechtsgehalt der Tat in keinerlei Beziehung stehen, also auch von den im Gesetz erwähnten Gründen für die Straflosigkeit eines Verhaltens, die nicht die fehlende Rechtswidrigkeit oder Schuld betreffen. Hye rechnete den Rücktritt vom Versuch zu diesen Gründen, indem er die Ansicht vertrat, die Straflosigkeit nach erfolgtem Rücktritt sei keine Forderung der Gerechtigkeit, da der Versuch bereits die Strafsanktion rechtfertige. Vielmehr solle der Täter durch die Aussicht der Straflosigkeit noch vor Eintritt des Erfolgs zum Ablassen von der Vollendung motiviert werden, <sup>da</sup> da-durch im Einzelfall ein konkreter Rechtsgüterschutz wirksamer zu erreichen sei als durch die möglicherweise größere Abschreckungswirkung eines ausnahmslos angewandten Gesetzes (Anm. 1d). Hye lag damit ganz auf der Linie Feuerbachs.

Seine Ansichten wurden jedoch nicht allgemein übernommen. Herbst zählte drei konstitutive Begriffsmerkmale des Versuchs auf: Neben dem bösen Vorsatz und der zur wirklichen Ausübung führenden Handlung auch das weitere Merkmal, daß die Nichtvollbringung eine vom Willen des Täters unabhängige Ursache habe (Anm. 1o2). Der fehlende Rücktritt wurde demnach zu einem negativen Tatbestandselement. Der Tatbestandsbegriff selbst aber verlor seine klaren Konturen. Bedenkt man, daß der OGH die Strafbarkeit des Versuchs in erster Linie mit der zum Vorschein gekommenen Gefährdung der Rechtsordnung begründet hat und berücksichtigt man ferner, daß er bei der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung mit der ins Uferlose verschwimmenden Dolus ex re Lehre operiert hat, ohne den

1o1. Hye StG S.328

1o2. Herbst Handbuch S.85

Tatbestandsbegriff dogmatisch auszunutzen, kann es nicht verwundern, daß der OGH nicht der Ansicht Hye gefolgt ist, sondern wie Herbst den fehlenden Rücktritt als negatives Tatbestandsmerkmal behandelt hat - freilich nicht als Tatbestandsmerkmal im modernen Sinne, denn dies hätte Auswirkungen auf die Rechtswidrigkeit des Versuchs, von dem der Täter zurückgetreten ist, haben müssen, die vor allem bei der Beteiligung Dritter an dem Versuch Bedeutung gewonnen hätten. Nach den Grundsätzen der Akzessorietät hätte das Entfallen einer tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Versuchshandlung des Haupttäters die Bestrafung eines Gehilfen ausgeschlossen (Anm.103).

Der OGH hatte Gelegenheit zu diesem Problem Stellung zu nehmen (Anm.104). Entgegen seiner sonstigen Rechtsprechung behandelte er jedoch in diesem Fall den Versuch als persönlich wirkenden Strafaufhebungsgrund mit der Folge, daß die Bestrafung eines Gehilfen trotz des Grundsatzes der Akzessorietät am Rücktritt des Täters nicht scheiterte.

Zieht man an dieser Stelle, ohne bereits hier die Anforderungen, die der OGH an einen strafbefreienden Rücktritt stellte, näher zu beschreiben, eine kurze Zwischenbilanz der Rechtsprechung, fällt einerseits das unsichere dogmatische Fundament der Entscheidungen und andererseits die Tatsache auf, daß die Strafbarkeitsgrenze sehr weit gezogen ist: Das Problem des untauglichen Versuchs hat der OGH kaum anders als die subjektive

103. Diese Konsequenz zog etwa Binding GS 68/23,24, aus seiner Ansicht, Versuch und Rücktritt seien gegebenenfalls als Einheit zu betrachten mit der Folge, daß der Rücktritt die Rechtswidrigkeit des Versuchs gleichsam *ex tunc* entfallen ließe

Theorie behandelt und die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch hat zur Einbeziehung noch sehr weit vor dem geplanten Erfolg liegende Handlungen in den Versuchsberich geführt. An dieser Rechtsprechung hat der OGH im wesentlichen bis heute festgehalten. Die Lehre ist dagegen nicht auf dem Stand der Diskussion in den fünfziger und sechziger Jahren des vorigen Jahrhunderts stehengeblieben. In ihrer Entwicklung sind vor allem zwei Epochen zu unterscheiden:

Die erste Epoche ist durch das Bemühen gekennzeichnet, die Ungereimtheiten der frühen, dem Kausalitätsdenken verhafteten objektiven Versuchslehre zu eliminieren, sei es durch die Begründung einer subjektiven Versuchslehre, sei es durch die Verteidigung der objektiven Lehre.

In der zweiten, von der ersten keineswegs scharf getrennten Epoche wandten sich die Vertreter der objektiven Theorie zunehmend der Untersuchung des dogmatischen Verbrechensaufbaus zu, entwickelten den Begriff der Tatbildmäßigkeit, modifizierten ihre Lehre zu der Theorie vom Mangel am Tatbestand und zwangen dadurch die Vertreter der subjektiven Theorie, ebenfalls ihren dogmatischen Standpunkt zu untersuchen und zu präzisieren.

#### IV. Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie

---

##### 1. die Lehre von Lammasch

Vielleicht der erste, der in Österreich die entscheidende Schwäche der objektiven Lehre erkannt und herausstellte, war Lammasch. Er bemerkte, daß die Unterscheidung zwischen tauglichem und untuglichem Versuch nicht nach der Kausalität zu treffen war, da die fehlende Kausalität bzw der fehlende Erfolg gerade das Kennzeichen eines jeden Versuchs ist (Anm.105).

105. Lammasch: Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Versuchs S.6



Die Kausalität fehle, so lehrte er, im Hinblick auf den strafgesetzwidrigen Erfolg stets schlechthin, sie breche nicht etwa ab, nachdem sie ursprünglich vorhanden gewesen sei (Anm. 106). Daraus zog er den Schluß, " Möglichkeit und Kausalzusammenhang sind die schärfsten Gegensätze , die Kategorie der ersteren auf den letzteren anwenden, heißt in einem Atem etwas als notwendig erkennen und es dennoch bezweifeln!" (Anm.107).

Diese Erkenntnis schien ihm eine ausreichende Grundlage für die Auseinandersetzung mit dem inzwischen zum Kernbegriff der objektiven Versuchslehre beförderten Begriff der Gefährlichkeit. Er lehrte: (Anm.108) " "Gefährlich" und " ungefährlich" sind subjektive Urteile desjenigen, der sich über die Kausalität oder Nichtkausalität eines Zustandes für einen anderen nicht im klaren ist, weil er denselben nicht in der Totalität seiner Elemente erkannt hat, so daß er eben deshalb aus seinem beschränkten Wissen heraus die erstere oder die letztere für wahrscheinlich hält. Objektiv aber, d.h. mit Bezug auf die in einem Zustande wirklich enthaltenen Kausalitätsfaktoren gibt es keine Möglichkeit , sondern nur Notwendigkeit. Objektive Gefährlichkeit wäre sonach ein subjektives Urteil als objektives, also ein Widerspruch im Beisatze, ein Urteil, das , obwohl nur auf teilweise Erkenntnis der Kausalitätsfaktoren gegründet, dennoch mit der Prätention der Vollständigkeit dieser Kenntnisse auftritt."

Auf diese Weise stellte Lammasch der Kategorie des Notwendigen

106. Lammasch: Objektive Gefährlichkeit S.8.

107. Lammasch: Objektive Gefährlichkeit S.10.

108. Lammasch: Objektive Gefährlichkeit S.12 desgleichen ders. in Grünhut's Zeitschrift Nr.9 (1882)/239: "Der Begriff der Gefahr ist kein anderer als der der Möglichkeit eines schädlichen Ereignisses ...." Gefahr ist also der Name einer nicht vollkommen übersehbaren Situation, in welcher einzelne Antecedentien eines verletzenden Erfolgs erkennbar sind, während es zweifelhaft ist, ob die übrigen, zum wirklichen Eintritt dieses Verletzungserfolgs noch erforderlichen Antecedentien, ebenfalls entweder schon existieren bzw. noch zur Existenz gelangen werden, oder ob sie für den in Frage stehenden Zeitpunkt definieren".

der die Kausalität angehört, diejenige des Möglichen gegenüber, in die er den Begriff der Gefahr einordnete (Anm.109).

Ebenso wie die Vertreter einer objektiven Versuchstheorie war er der Ansicht, daß die Strafrechtsdogmatik bei der Beurteilung eines Verbrechens sich nicht nur innerhalb der erstgenannten Kategorie bewegen dürfe, daß mit anderen Worten gesicherte "objektive" Grundlagen Voraussetzung des Strafrechts seien. Lammasch sah deshalb seine Aufgabe nur darin, die Prämissen der Vertreter einer objektiven Versuchstheorie innerhalb der Kategorie des Notwendigen, d.h. ihre Vereinbarkeit mit den Konsequenzen des Kausalitätsprinzips zu überprüfen. Er kam zu dem Ergebnis, daß die Unterscheidung der Fälle nach Tauglichkeit bzw. Untauglichkeit des Mittels "auf einem völlig prinziplosen Herausheben eines der Kausalfaktoren aus der Gesamtheit derselben" beruhe (Anm.110) und gegenüber Geyers Lehre von der teilweisen Verwirklichung eines Verbrechens im Versuch wandte er ein, die Aufteilung eines Geschehens in verwirklichte und nicht verwirklichte Partien eines Plans sei unmöglich (Anm.111). Schließlich sei "in concreto ... jedes Mittel, das zum Erfolg führt, tauglich; jedes, das nicht zu ihm führt, untauglich. In abstracto aber "könne" von Tauglichkeit und Untauglichkeit überhaupt nicht gesprochen werden, da diese relative d.h. nur mit Richtung auf die im konkreten Falle obwaltenden Voraussetzungen zu beurteilende Begriffe sind". (Anm.112)

109. Lammasch in Grünhut's Zeitschrift 9 (1882)/221 ff, 239 ff.

110. Lammasch: Objektive Gefährlichkeit S.17

111. Lammasch: Grünhut's Zeitschrift 9 (1882)/244 Anm.4: "Auch Töten ist ebensowenig eine theilbare That, als der Tod ein theilbarer Erfolg ist. Nicht die "Thötungsabsicht", sondern nur die in Thötungsabsicht geplanten Acte sind teilweise verwirklicht, "wenn dem zu Thötenden die Hälfte des Giftquantums gereicht wurde, das zur Tötung hinlänglich ist," Die Absicht wird nur verwirklicht durch den thatsächlichen Eintritt des beabsichtigten Erfolges".

112. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.21

Wäre Lammasch bei dieser Kritik der objektiven Theorie stehen geblieben, wäre er neben von Buri zu stellen und müßte sich wie dieser den Einwand gefallen lassen, daß unabhängig von ihrer Berechtigung die bloße Kritik der Gedankengänge, mit der die Vertreter der objektiven Versuchstheorie ihre Ansicht ursprünglich begründeten, nicht automatisch die Berechtigung der subjektiven Theorie aufweist. Dieser Nachweis ist vielmehr stets im Hinblick auf den vorausgesetzten Unrechtsbegriff zu führen.

Sich um einen der subjektiven Versuchslehre angemessenen Unrechtsbegriff zu bemühen, war seit jeher das Kernproblem, das sich bei jeder Arbeit zum Strafgrund des Versuchs neu stellt. Auch Lammasch sah sich diesem Problem gegenübergestellt. Obwohl es seinerzeit gerade zu selbstverständlich war, von dem deliktischen Erfolg bei der Beurteilung der Straftat auszugehen, obwohl von subjektiven Unrechtselementen noch nicht die Rede war, entwickelte er einen außerordentlich modern anmutenden Ansatzpunkt zur Begründung der subjektiven Versuchstheorie, der von der heutigen Strafrechtslehre in Österreich vielleicht nicht deutlich genug erkannt, jedenfalls aber nicht aufgegriffen worden ist.

Statt aus dem Kausalitätsgesetz suchte Lammasch die " objektive" ontologische Grundlage des Strafrechts in der Struktur der Handlung im allgemeinen und der Versuchshandlung im besonderen.

Er stellte fest, daß " die bloß physische, aus einem Menschen sich vollziehende Veränderung .... erst durch die Vorstellung des Erfolgs" zur Handlung wird (Anm.113). In dieser natürlichen Finalität der Handlung sah er ein Element der Zurechnung, das den Begriff der Verursachung in seiner Bedeutung zurückdrängt. (Anm.114): Nicht jeder von einem zurechnungsfähigen Täter verursachte Erfolg sollte diesem zugerechnet werden können.

113. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.26. Ausführlich ders. in Handlung, Erfolg Grünhut's Zeitschrift IX (1882)/223 ff, 230 ff.

114. Lammasch Grünhut's Zeitschrift IX (1882) 279 ff

Die Kausalität sollte vielmehr nur die erste Voraussetzung der Zurechnung sein, während die eigentliche Frage der Zurechnung selbst erst mit Blick auf die Finalität zwischen Handlung und Erfolg beantwortet wurde.

Dieser Rückschluß von der ontologischen Struktur der Handlung auf die Zurechenbarkeit eines Geschehens wäre anfechtbar gewesen, wenn Lammasch das Problem der Zurechnung nicht auch aus dem Blickwinkel der Strafnorm untersucht hätte. Dem Hinweis auf ontologische Vorgegebenheiten kann stets der Einwand entgegengehalten werden, daß das Gesetz sich möglicherweise selbstherrlich über alle Sachzwänge hinweggesetzt hat, ohne deswegen seine Geltung verloren zu haben. Vermag man jedoch nachzuweisen, daß das Gesetz "sachlich richtig" ist bzw. die ontologischen Vorgegebenheiten berücksichtigt hat, entfällt dieser Einwand.

Lammasch glaubte, wie später Armin Kaufmann (Anm.115), eine Korrespondenz zwischen Norm und Finalität der Handlung entdecken zu können. Er war der Meinung, daß eine Strafandrohung nur dann eine generalpräventive Wirkung entfalten könne, wenn nicht eigentlich das kausale Handeln sondern der Versuch mit Strafe bedroht sei. Er fragte, was man einem Menschen verbieten kann " das Eintreten eines Erfolgs oder das Anstreben desselben" und er beantwortete diese Frage : " Im eigentlichsten Sinne ist sogar nur das Versuchen einer Übelthat das Strafbare. Die Strafdrohung ist die Sanktion eines Gebotes und Verbotes"(Anm. 116) Dies ergebe sich daraus, daß die Norm sich nicht an die Naturkräfte richte " die nach dem ewigen Gesetze der Kausalität, unabhängig von den vergänglichen Satzungen des Staates wirken,

115. In "Lebendiges und Totes in Binding's Normentheorie"s.o.S. 67 ff., 102 ff

116. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.53

sondern an den Willen des Menschen, in dem sie Erkenntnisse und Motive schafft " (Anm.117). " Sie ( sc. die Norm) kann ihm (sc. dem Menschen) daher nur das verbieten und das gebieten, was ihm für den rechtswidrigen bzw. rechtmäßigen Erfolg kausal scheint, nicht was tatsächlich für das eine oder andere kausal ist. Die Normwidrigkeit und Normgemäßheit einer Handlung kann daher nur nach der Vorstellung ihrer Kausalität und nicht nach der Tatsächlichkeit derselben beurteilt werden" (Anm.118). Ähnlich wie heute etwa Welzel folgerte er daraus: " Wenn das Verbot nicht lauten würde : " Du sollst nicht ..... zu bewirken suchen" sondern " Du sollst nicht bewirken" , wäre es uns unmöglich, je zu wissen, ob es gegenüber einer bestimmten Handlung, die wir als kausal für diesen Erfolg nur vorstellen und daher wollen, Anwendung finde, d.h. sie verbiete, oder ob es keine Anwendung habe, denn ob wir den Erfolg, den wir bewirken wollen, tatsächlich bewirken werden oder nicht , wissen wir nie" (Anm.120).

Die beispielhaften Zitate zeigen, daß Lammasch einerseits die Kausalität einer Handlung nicht mehr als Grundlage der Zurechnung ansah, daß er aber andererseits - obwohl er bisweilen den Begriff der Zurechnung noch verwandte - über die naturrechtliche Imputationslehre Pufendorfs , deren dominierenden Einfluß auf die österreichische Strafrechtsdogmatik Moos eingehend nachgezeichnet hat, (Anm.121) hinausgegangen ist. Zwar besteht inso-

117. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.60

118. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.61

119. Welzel StrafR. S.

120. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.61

121. Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert S.72 ff. und Fundstellen im Sachregister unter Imputationslehre.



fern eine Gemeinsamkeit zwischen der Imputationslehre Pufendorfs und der Theorie Lammaschs, als hier wie dort der Wille des deliktisch Handelnden im Mittelpunkt steht. Im Gegensatz zur Imputationslehre hat Lammasch jedoch den Willen als Anknüpfungspunkt der Zurechnung nicht deshalb herausgestellt, weil dies eine auf der Vernunft aufbauende Naturrechtslehre verlangte, sondern weil er davon überzeugt war, daß ihm das Wesen der Norm einerseits und die Struktur der Handlung andererseits dieses Vorgehen diktiert (Anm.122).

Da die Norm sich nach Lammasch im Grunde gegen den Versuch zu verursachen, nicht aber gegen die Verursachung selbst wendet, war für ihn die Stellungnahme zur Strafbarkeit des Versuchs bereits vorgezeichnet. Er erklärte jeden Versuch ohne Rücksicht auf seine Tauglichkeit für strafbar. Freilich untersuchte er dieses Ergebnis - wiederum die ontologischen Strukturen einer fehlgeschlagenen Handlung prüfend - indem er fragte, welchem Irrtum der erfolglose Täter im Falle des relativ und des absolut untauglichen Versuchs unterlagen sei. Dabei glaubte er folgenden Unterschied entdecken zu können: " Im Normalfall des Versuchs irrt der Handelnde in Bezug auf eine der Voraussetzungen seiner Tätigkeit, in Bezug auf ein unabhängig von seinem Willen Geschehenes oder Geschehendes, beim " objektiv ungefährlichen " Versuch aber in Bezug auf seine eigene Tätigkeit und deren kausalitätsergänzende Natur" (Anm. 123). Diesen Unterschied im Gegenstand des Irrtums sah er indessen als unerheblich an (Anm.124) und folgerte: " Grund der Strafe ist im Falle des

122. Das Verhältnis der Theorie Lammasch's zur Imputationslehre Pufendorf's findet eine interessante Parallele in der Entwicklung der finalen Handlungslehre durch Welzel, der mit eine Arbeit über Pufendorf promoviert hat und später ebenfalls den als zutreffend erkennbaren Kern - die Bedeutung der subjektiven Tatseite- von den Prämissen des Naturrechts zu lösen und in feststehenden ontologischen Strukturen zu verankern versucht hat. Vergl. zum Verhältnis von Welzel zur Naturrechtslehre Pufendorf's u.a. StrafR.S.38

### 123. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.28

124. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.29 ff, 62 ff, 82 ders. Grünhut's Zeitschrift IX (1882)/275 ff.

Versuchs ebensowohl als in dem der Vollendung die Verwirklichung des verbrecherischen Vorsatzes, eine zur Ausführung derselben und zur Realisierung der verbrecherischen Absicht unternommene Thätigkeit" (Anm. 125).

Diese Gleichstellung des versuchten und des vollendeten Delikts könnte vermuten lassen, Lammasch habe jeweils gleiche Bestrafung für beide gefordert. Tatsächlich ist er jedoch unter Berufung auf von Bar (Anm. 126) für eine mildere Bestrafung des Versuchs eingetreten. "Begriffliche Entwicklungen" so führte er aus, "sind für die Begrenzung des strafbaren Unrechts nur von negativer, nicht auch von positiver Bedeutung. Eine logische Entwicklung vermag nur insofern die Grenzen für den Bereich der Strafgewalt des Staates abzustecken, als diese nicht über jene Grenzen hinausstreben darf, keineswegs so, daß sie diesen ganzen Bereich auch wirklich okkupieren müßte" ..... Nur die Grenzen des Strafbaren hat der Gesetzgeber durch logische Deduktionen aus ethischen Prinzipien, aus kategorischen Imperativen zu gewinnen, die wirkliche Strafbarkeit innerhalb dieser Grenzen beschlossenen Gattung von Taten aber nur durch die Beziehung auf den Zweck der Strafe ..... Gerechtigkeit ist nicht der Grund der Strafe, nur die Ungerechtigkeit ist ihre Grenze" (Anm. 127).

Ohne mit seiner Ansicht in Konflikt zu kommen, der böse Wille als erster Maßstab der Strafwürdigkeit eines Verbrechens unterscheide sich nicht beim versuchten Delikt von dem bösen Willen beim vollendeten Delikt, konnte er daher fordern, daß der geringere Eindruck des Versuchs auf die Gesellschaft als Faktor bei

125. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.62

126. von Bar: Grundlagen des Strafrechts S.63

127. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.83. Setzt man an die Stelle des Wortes "Gerechtigkeit" den Begriff Schuldangemessenheit wird die Verwandtschaft der Ansicht Lammasch mit der Spielraumtheorie des BGH deutlich.

der Bemessung des Strafmaßes zu berücksichtigen sei.

Aber nicht nur generell für jeden Versuch sondern speziell für den unbeendigten Versuch forderte Lammasch eine besondere Strafmilderung. Dabei griff er interessanterweise nicht auf die Eindruckstheorie von Bars zurück - etwa mit dem Argument, der unbeendete Versuch hinterlasse einen noch schwächeren Eindruck als der beendete - vielmehr entwickelte er folgende eigenartige Theorie: Die Strafmilderung beim unbeendigten Versuch sei " die natürliche Folge davon, daß die Strafbarkeit überhaupt nur einer Präsumtion, auf der Vermutung der fortdauernden Willensintensität beruht und daß es nicht billig und gerecht wäre, den Fall, in dem der Wille des Handelnden eine positive Bedingung des Erfolgs erst noch zu schaffen hat, ganz gleichzustellen jenem, in dem er alle diese Bedingungen, soweit sie an ihm liegen, schon verwirklicht hat und nur noch sein non in contrarium agere eine negative Bedingung des Erfolgs ist " (Anm.128).... " Dieses subjektive Moment der Möglichkeit des Rücktritts unterscheidet daher nicht sowohl Vollendung und Versuch als vielmehr Vollendung und eine Art des Versuchs (Anm. 129)".

Nicht die unzutreffende Charakterisierung des beendeten Versuchs (Anm.130) ist hieran bemerkenswert, sondern die Auffassung, die Verurteilung wegen eines Deliktsversuchs könne sich nur auf eine Präsumtion stützen. Sie ist nur verständlich, wenn die Handlung, die als Ausführungshandlung gewertet wird, nicht bereits das gesamte Unrecht in sich trägt, sondern ein Teil des Unrechts entweder in dem Verletzungserfolg oder in der Beendigung der Versuchshandlung liegt.

128. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.72

129. Lammasch objektive Gefährlichkeit S.73

130. Der am Kopf des Feindes vorbeigehende, in Mordabsicht ausgelöste Gewehrscuß ist gewiß als beendeter Versuch zu werten. Lammasch sagt selbst: "Beendet ist der Versuch, wenn der Versuchende alle die Tätigkeitsakte verübt hat, die er als zur Verwirklichung dieser kompletierenden Kausalitätsfaktoren nötig sich vorgesetzt hatte." (S.73) Davon, daß der Eintritt des Erfolgs von einer non - contrarium agere als negative Bedingung abhängt, kann jedoch keine Rede sein. Sollte Lammasch in der zitierten Stelle dagegen allein die Fälle

Tatsächlich stellt Lammasch diese beiden Fälle dem des unbeendeten Versuchs gegenüber (Anm. 131) - ein Schritt der ver-rät, daß die Milderbestrafung des unbeendeten Versuchs entgegen seiner eigenen Deutung nicht aus dem Spielraum des Gesetzgebers bei der Verfolgung seiner Strafzwecke innerhalb der Grenzen des noch Gerechten hat, sondern daß der wahre Grund im unterschiedlichen Unrecht liegt. Dieses Ergebnis steht jedoch -wie bereits Delaquis herausgestellt hat (Anm. 132) - in scharfem Widerspruch zu Lammaschs Ansicht, allein das versuchte Verbrechen sei eigentlicher Gegenstand der Norm und allein im versuchten Verbrechen bzw. in den beim versuchten und vollendeten Delikt gleichermaßen vorhandenen Elementen sei die Normwidrigkeit zu suchen.

Hierzu tritt ein weiterer Gesichtspunkt: Ist nach Lammasch beim unbeendigten Versuch der fehlende Rücktritt Voraussetzung der Strafbarkeit in dem Sinne, daß ein Rücktritt den Versuchstatbestand rückwirkend beseitigt, bildet der Rücktritt oder die tätige Reue beim beendeten Versuch - wenn ihr nicht schlechthin eine strafbefreiende Wirkung abgesprochen werden soll - lediglich einen Strafaufhebungsgrund. Der Rücktritt hätte demnach in dem einen Fall Einfluß auf den Unrechtsgehalt der Tat im anderen Falle nicht, mit der Folge, daß in einem Fall der Gehilfe an der versuchten Tat straffrei bliebe, im anderen Falle aber bestraft würde. Eine sachliche Rechtfertigung für diese Unterschiedenheit des beendeten Versuchs im Auge gehabt haben, in denen etwa der Täter eine ausreichende Menge Gift verabreicht hat und nun den Eintritt des Todes abwartet, fragt sich, ob er hier die Möglichkeit der (strafbefreienden) tätigen Reue völlig ausschließen wollte. Ist dies nicht der Fall, wäre nach Lammasch auch hier, ebenso wie in den Fällen, in denen der Täter von der Beendigung seiner Tat noch absteht, nur unter der Präsuntion ausbleibender Umkehr und Erfolgsabwendung zu strafen.

131. Lammasch objektive Gefährlichkeit S. 73.

132. Delaquis. Deruntaugliche Versuch S. 153 ff. Zwar ist der Einwand Delaquis gegen Lammasch, mit seiner Forderung, ein strafbarer Versuch setze die "Verwirklichung des Vorsatzes" voraus, bringe er erneut den Erfolg ins Spiel nicht schlagend, denn Lammasch hatte nur das In-die-Tat-umsetzen der verbrecherischen Vorstellungen im Auge. Richtig ist jedoch, wenn Delaquis Lammasch verwirft, mit der Verwirklichung des Vorsatzes mache er entgegen seiner Ausgangsposition doch wieder die Vollendung der natürlichen Handlung zum primär Strafbaren.

scheidung dürfte sich kaum finden lassen.

Die Inkonsequenz, die der Theorie Lammaschs durch den Rückfall in die Vorstellung, daß im Erfolg oder zumindest in der Vollendung der Handlung der Kern des Unrechts zu suchen sei, kommt schließlich auch bei der Behandlung des abergläubischen Versuchs zum Vorschein.

Lammasch hielt den abergläubischen Versuch für straflos, weil er mit Mittel unternommen werde, "die außerhalb der dem Kausalgesetze unterworfenen Welt wirksam sind, welche nicht nur nicht für den einzelnen gewollten Erfolg kausal sind, sondern auf welche der Begriff der Kausalität überhaupt keine Anwendung findet" (Anm. 133). Dies klingt, als müßte jede Versuchshandlung eine bestimmte Erfolgsnähe aufweisen, was von vornherein mit einer subjektiven Versuchstheorie nicht zu vereinbaren ist. Aber auch wenn man den zitierten Satz dahin auslegt, daß ein abergläubischer Versuch deshalb stets straffrei bleibt, weil der Täter sich sein Handeln nicht als kausal vorstellen könne, entfallen diese Bedenken nicht, denn ein Grund, an der Vorstellung des Täters zu zweifeln, besteht nicht, so daß letztlich die Überzeugung ausschlaggebend ist, daß bestimmte Mittel überhaupt nicht tauglich sein können - eine Überzeugung, die selbst im Hinblick auf abergläubische Mittel im übrigen nicht gesichert ist, denn auch abergläubische Mittel können den bezweckten Erfolg - wenn auch nicht auf die vorgesehene Art und Weise - herbeiführen. Die Kenntnis eines gleichermaßen abergläubischen Menschen davon, "Opfer" eines Mordversuchs durch Totbeten zu sein, kann möglicherweise einen zu Tode führenden Schock verursachen. In diesem Fall ist nicht etwa nur die Kenntnis vom Totbeten Todesursache, sondern auch das Totbeten selbst, und es stellt sich allein die - für die Zurechnung relevante, für die Frage der Kausalität dagegen unerhebliche - Frage, welche Bedeutung der Irrtum des Täters über den Kausalverlauf hat.



Sieht man von diesen inneren Widersprüchlichkeiten in der Lehre Lammascha ab, bleibt es sein Verdienst, in Österreich eine subjektive Verbrechen- und Versuchslehre auf eine andere Grundlage als die der naturalistischen Imputationslehre gestellt zu haben. Gerade seine vom Wesen der strafrechtlichen Norm ausgehende Argumentation stieß jedoch sogleich auf Widerstand.

## 2. Der Widerstand in der Österreichischen Lehre gegen Lammaschs Theorie

Geyer, der der Ansicht war, die subjektive Versuchslehre müsse konsequenterweise auch den abergläubischen Versuch und den Versuch aus exquisiter Dummheit bestrafen, was " zu einer modernen Auflage der Hexenprozesse " führe (Anm. 134), hielt Lammasch entgegen : " Verboten ist ... jede Thätigkeit, welche für den Tod kausal werden kann, nicht verboten ist jede Thätigkeit , welche den Tod eines Menschen nicht herbeiführen kann. Und dieses " können" darf man nicht beurteilen nach der Meinung des Täters, sondern nach dem logischen Zusammenhang der Dinge. Verboten ist alles möglicherweise "tödliche" , d.h. lebensgefährdende Handeln, nicht das, was jemand bloß für tödlich hält" (Anm.135) .

Wörtlich kann dies Geyer allerdings nicht gemint haben, denn wäre alles, was <sup>zu</sup> einer Tötung führen kann, verboten, wäre von keiner Tätigkeit - und nach denen, die auch dem Unterlassen Kausalität zuschreiben - auch von keinem Unterlassen im vorhinein zu sagen, ob es verboten ist oder nicht, da der Blick in die Zukunft und damit die Prognose des Erfolgs nicht möglich ist. Gegenstand der Norm könnte allenfalls die gefährdende Handlung sein, was Geyer vermutlich selbst im zweiten Satz des Zitats ausdrücken wollte.

134. Geyer ZStW 1/36

135. Geyer ZStW 1(1881)/47

Hierin läge in der Tat ein Gegensatz zu dem Normverständnis Lammaschs, da nach Geyer Handlungen, die keine Gefährdung enthalten, nicht verboten sind. Die Interpretation der Norm scheint also mit der objektiven Versuchstheorie in Einklang zu stehen. Bei näherer Prüfung erheben sich indessen Zweifel. Es fragt sich nämlich, ob eine Theorie, die das Wesen einer Norm in ihrer Bestimmungsfunktion erblickt, gleichgültig, was die Norm ge- oder verbieten soll, überhaupt jemals auf eine objektive Versuchstheorie abzustimmen ist.

Verbietet eine Norm bestimmte Gefährdungen, kann das nur heißen, daß sie ein Handeln verbietet, das nach allgemeiner menschlicher Erfahrung geeignet ist, sich schädlich auszuwirken. Das Verbot bezieht sich mit anderen Worten auf ein typmäßig festgelegtes Verhalten und erstreckt sich nicht auf das mit einem modernen Ausdruck sogenannte verkehrsgerechte Verhalten. Zieht man in dieser Weise die Grenzlinie zwischen dem Bereich des Verbotenen und dem des Erlaubten, mag dies zwar eine objektive Unterscheidung sein, ohne Konzessionen an die subjektive Interpretation der Norm ist diese Unterscheidung aber nicht praktikabel. Niemand käme auf den Gedanken, den straffrei zu lassen, der vorsätzlich einen deliktischen Erfolg herbeiführt, jedoch eine Art der Ausführung gewählt hat, die nicht typisch gefährlich ist, sondern "an sich" ungefährlich ist und nur in dem besonderen Fall den Schaden verursachen konnte. Es scheint auf der Hand zu liegen, daß eine vorsätzliche Schädigung niemals als verkehrsrichtiges Verhalten anzusehen ist und deshalb stets dem Verbot der Norm unterfallen muß.

Dieses evident scheinende Ergebnis kann jedoch nicht mit dem objektiven Charakter der Handlung begründet werden - zum objektiv d.h. typmäßig gefährlichen Handeln wird dieses auch nicht gleichsam nachträglich durch den Erfolg. Der wirkliche Grund liegt vielmehr darin, daß jedes Verhalten ungeachtet seiner Typmäßigkeit für normwidrig angesehen wird, wenn der Täter nur das gesetzliche Verbot mißachtet hat. Ist aber damit die Be-

ziehung zwischen der Norm und der Einstellung des einzelnen Täters der Norm gegenüber hergestellt, kann es auf das "an sich" gefährliche eines Verhaltens ebensowenig ankommen, wie darauf, ob sich der Täter in der Ursächlichkeit seines Handelns für einen bestimmten deliktischen Erfolg geirrt hat oder nicht. Das aber ist gerade der Standpunkt der subjektiven Versuchstheorie Lammaschs.

### 3. Die subjektive Theorie bei Janka

Deutlicher als bei Lammasch selbst traten die Schwächen der subjektiven, mit der Bestimmungsfunktion der Norm begründeten Theorie allerdings bei Janka hervor. Auch er ging davon aus, daß das Recht "Verhaltensvorschrift", "Unrecht ...vorschriftswidriges (normwidriges) und darum rechtswidriges Verhalten .." sei, "ein solches aber" sei "nicht denkbar, ohne ein zurechenbares Verschulden. Damit sei "das objektive Unrecht gefallen" (Anm.136), denn ebenso wie Merkel, Binding und die Vertreter der Imperativentheorie Hertz, Thon und Bierling, war auch Janka der Auffassung, daß die Schuld Voraussetzung des Unrechts sei, was nichts anderes heißt, als daß das Unrecht eigentlich überhaupt keinen eigenen Platz im Verbrechensaufbau hat.

Hierauf aufbauend formulierte Janka folgende sechs Verbrechensvoraussetzungen (Anm.137): "1. Ein Subjekt, an welches der Imperativ der Norm sich wendet ..... 2. Ein Wollen des Subjekts. Jede Norm ist Vorschrift für Aufforderung an das Wollen. Von ihm nimmt das Verbrechen seinen Ausgang. 3. ... das Recht umfaßt bestimmungsgemäß nur die äußeren Verhältnisse und Beziehungen des menschlichen Lebens. Das Wollen ... mag dezidiert, intensiv wie immer sein, solange es aus sich selbst nicht herausgegangen ist, liegt eine Normübertretung, ein Unrecht und somit ein Verbrechen nicht vor. 4. Das Wollen muß ein schuldhaftes sein. 5. .... Voraussetzung des Verbrecherischen ist das Rechtswidrige (Normwidrige) des Verhaltens. 6. Endlich muß das Verhalten, soll

136. Janka-Kallina Strafrecht S.42

137. Janka-Kallina Strafrecht S.44 ff

es Verbrechen sein, unter Strafe stehen"

Von selbst ließen diese Verbrechensvoraussetzungen das Wollen in den Mittelpunkt treten. " In dem Wollen liegt nicht nur der Ausgangspunkt des Verbrechens, sondern es ist für dasselbe überhaupt in den wesentlichsten Richtungen derart bestimmend, daß ohne Einblick in den Willensprozeß .... Verständnis des Strafrechts nicht möglich ist" (Anm. 138).

Da nach der Theorie Jankas das Wollen " bewußtes Wollen" (Anm.139) ist, kann seiner Ansicht nach die Handlung nur als " gewollte Körperbewegung " (Anm.140) , was mehr als eine willkürliche Körperbewegung ist, und als " ein Verhalten ohne Einbeziehung des Erfolgs " (Anm. 141) gedeutet werden. Das Wollen gibt mithin nach Janka dem Handeln das Ziel und bestimmt seine Richtung (Anm.142) und ist daher der natürliche Angriffspunkt der motivierenden Wirkung der Norm, wobei es keinen Unterschied macht, ob das Delikt vollendet oder nur versucht worden ist, denn das Strafrecht sei " prävenierender Rechtsgüterschutz durch Reaktion gegen den der Rechtsnorm bzw. der Rechtsgüterwelt sich Entgegensetzenden, das ist gegen den rechtswidrigen Willen. Da eine solche Entgegensetzung aber Unrechtscharakter und mithin Rechtschuld zeige, beziehe sich die Norm - unabhängig von der objektiven Qualität der Handlung ( Unterlassung) auf die Ausführung des Entschlusses überall und ausnahmslos" (Anm. 143).

Diese Zitate belegen, daß Janka wesentlich neue Gesichtspunkte zur Begründung der subjektiven Versuchstheorie nicht geliefert hat. Er wiederholte den Vorwurf gegen die Vertreter der objektiven Versuchslehre , nach ihrem Verständnis des Begriffs der

138. Janka-Kallina Strafrecht S.49

139. Janka-Kallina Strafrecht S.49

140. Janka-Kallina Strafrecht S.57

141. Janka-Kallina Strafrecht S.57

142. Janka-Kallina Strafrecht S.50

143. Janka-Kallina Strafrecht S.123

Tauglichkeit müsse jeder Versuch straflos bleiben, da das Ausbleiben des Erfolgs die Untauglichkeit des Versuchs schlagend bewiesen habe (Anm. 144) - der Gedanke, daß hinter der falschen Begründung ein möglicherweise vertretbarer Kern stecken könne, war ihm nicht gekommen.

Er wies ferner darauf hin, daß " das Gesetz" (im Hinblick auf die Formulierung wirkliche Ausübung) wörtlich genommen, den strafbaren Versuch, den es doch gerade behauptet und bezeichnen will", ausschließt (Anm. 145).

Wenn auch Janka nicht wie die Imputationstheorie die Frage der strafrechtlichen Zurechnung in den Mittelpunkt gestellt hatte, so hatte er es doch nicht vermocht, dem Unrecht einen von der Zurechnungsfähigkeit bzw. der Schuld unabhängigen Platz in dem Verbrechenaufbau zu geben. Seine Lehre teilte daher das Grundgebrechen der Imputationstheorie, die " die Handlung - im Strafrecht - mit der schuldhaften (" freien ") Handlung identifizierte" (Anm. 146). Nachdem der Begriff der objektiven Rechtswidrigkeit von von Ihering (Anm. 147) entwickelt worden war, war eine strenge Unterscheidung von Rechtswidrigkeit und Schuld unausweichlich geworden. In Deutschland vollzogen insbesondere von Liszt und Beling diese Trennung und entwickelten den sogenannten klassischen Verbrechensbegriff. In Österreich dagegen wurden die Schwächen, die der subjektiven Theorie anhafteten, lange überhaupt nicht bemerkt und schließlich durch einen eigenartigen Lösungsversuch überspielt.

144. Janka-Kallina Strafrecht S.122

145. Janka-Kallina Strafrecht S.124

146. Welzel Strafrecht S.39

147. R.v. Ihering Das Schuldmoment im römischen Privatrecht (1867) S.55 ff.



Vorerst aber trat auch in der Lehre die praktisch außerordentlich bedeutsame Frage nach dem Versuchsbeginn stark in den Vordergrund. Bisher hatte nur Geyer - obwohl selbst Vertreter einer objektiven Versuchslehre - mit der *dolus ex re* Theorie ein Abgrenzungskriterium entwickelt, daß mit einer subjektiven Verbrechenslehre in Einklang zu bringen war. Lammasch hatte dagegen in seiner Monographie über " Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Verbrechensversuchs " hierzu noch nicht Stellung genommen.'

Janka lehnte die *dolus ex re* Theorie als unbrauchbar ab (Anm. 148). Einig war er sich mit Geyer der Sache nach jedoch darin, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen Vorbereitung - und Ausführungshandlung nicht bestände, daß vielmehr der Unterschied nur ein gradueller sei. Es seien daher alle auf einen deliktischen Erfolg hinzielenden " auch der von dem Abschlusse der Gesamttätigkeit entfernteste " Akt strafwürdig, denn jeder dieser Akte sei "Normübertretung, Unrecht, und jedes Unrecht ist strafällig" (Anm.149).Es sei folglich nur eine Frage des positiven Rechts, ob von diesem Grundsatz Ausnahmen anzuerkennen seien.

Welche Entscheidung dieser Frage allerdings Janka selbst dem Gesetz entnommen hat, ist nicht ganz eindeutig. Daß er eine Abgrenzung nach dem Beginn der "kausalen" Beziehung der Handlung zum angestrebten Erfolg ebenso abgelehnt hat wie die Theorie, die in der Ausführungshandlung nur die teilweise Verwirklichung des objektiven Tatbestandes sah, versteht sich mit Rücksicht auf den subjektiven Ausgangspunkt der Versuchslehre Jankas von selbst. Janka wandte sich jedoch auch gegen Buri und meinte, auch darin könne " der Unterschied (sc. zwischen Versuch und Vorbereitung ) nicht liegen, daß der Ausführende seiner Tätigkeit

148. Janka-Kallina Strafrecht S. 128

149. Janka-Kallina Strafrecht S. 127

mit definitiv gefaßtem verbrecherischem Entschluß sich äußere, während der Vorbereitende den endlichen Entschluß sich noch vorbehalte. Auch hier " so heißt es weiter, könne das für die Ausführung als kennzeichnend gesetzte Bestimmungsmoment auch bei solchen Handlungen zutreffen, die sichtbar noch der Vorbereitung zufallen" (Anm.150).

Was aber läßt nach Janka eine Handlung dann so "sichtbar der Vorbereitung zufallen" ? Hierauf gab er nur die vage Antwort, es komme entscheidend darauf an, ob bereits ein "Angriff " vorliege, was weniger als Beantwortung als vielmehr als Umschreibung des Problems angesehen werden muß, zumal Janka betont, daß auch der Begriff des Angriffs subjektiv zu bestimmen sei (Anm.151). Ist damit das äußere Erscheinungsbild des Angriffs nicht entscheidend, kann es nur die Festigkeit , die Unwiderruflichkeit des Entschlusses sein und - worin eine kleine Abweichung von der Ansicht Buris liegen mag - im Bewußtsein, die Tat "jetzt" auszuführen.

Hatte Janka die subjektive Versuchslehre Lammaschs durch eine Stellungnahme zum Problem der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nur ergänzt, setzte er sich bei der Behandlung des Rücktritts vom Versuch zur Lehre Lammaschs in deutlichen Widerspruch. Er sah im Rücktritt keine "Zurücknahme" der verbrecherischen Absicht, die bereits in die Tat umgesetzt worden war und die bereits alles Unrecht enthielt. Allein maßgeblich konnten für die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts demnach nicht Billigkeitsgründe oder gar fehlendes Unrecht als Voraussetzung der Strafe, sondern nur kriminalpolitische Gründe sein. Diese sah Janka im konkreten Rechtsgüterschutz durch Verstärkung der rechtstreuen Motivation im Täter. Durch das Angebot der Straffreiheit nahm das Gesetz gleichsam die letzte Gelegenheit wahr, ihrer sonstigen Funktion entsprechend auf den Täter be-

150. Janka-Kallina Strafrecht S.128

151. Janka-Kallina Strafrecht S.128

stimmend einzuwirken (Anm.152).

Dogmatisch ordnete Janka den Rücktritt und die Erfolgsabwendung durch tätige Reue unter die Strafaufhebungsgründe ein. Er löste sich damit von der über die Versuchshandlung hinausgreifenden Unrechtsbetrachtung Lammaschs und folgte Hye, der die Trennung von Unrechtstatbestand und Strafaufhebungsgründen gerade im Hinblick auf den Rücktritt vom Versuch der Sache nach vollzogen hatte. "Es geschieht"... gegen das Wesen der Sache", führte er aus, "wenn ....das österreichische Gesetz ( § 8 StG) die Bedingungen , unter welchen der verbrecherische Versuch straflos wird, in ihr Gegenteil umkehrt und das Widerspiel derselben, die Hinderung der Vollbringung durch äußere Umstände, zur Veranlassung der Strafbarkeit des Versuchs macht (Anm.153)".

#### 4. Weitere Vertreter der subjektiven Theorie in Österreich

die  
Als Imputationslehre von der Bühne abtrat und sich die Vertreter der Imperativentheorie in Deutschland bemühten, das dogmatisch bedeutsamste Problem der subjektiven Verbrechenslehre - die Vermengung von Rechtswidrigkeit und Schuld - durch einen eigenscändigen , am Wesen der Norm orientierten Begriff der Rechtswidrigkeit zu lösen und diesen Rechtswidrigkeitsbegriff der "klassischen" Verbrechenslehre gegenüberzustellen, stand die österreichische Lehre mit Ausnahme von Hold von Ferneck als Vertreter der Imperativentheorie weitgehend abseits. Zwar versuchten mehrere Autoren, diese subjektive Versuchstheorie unabhängig von einem bestimmten Normverständnis auf neue Grundlagen zu stellen, diese Bemühungen waren jedoch nicht in eine umfassende Verbrechenslehre eingebettet und blieben daher mehr oder weniger willkürlich.

152. Janka-Kallina Strafrecht S.131 ff.

153. Janka-Kallina Strafrecht S.132

Touaillon sah die Rechtsordnung durch einen untauglichen Versuch nicht weniger als durch eine Vollendung bedroht (Anm.154), führte diese Gefährdung jedoch nicht etwa auf eine durch den Versuch beeinträchtigte Geltung des Gesetzes und auf seine damit verbundene fortschreitende Mißachtung zurück, sondern auf die Wiederholungsgefahr, die stets dann gegeben sei, wenn der Täter die Fruchtlosigkeit seiner Tätigkeit entdecken müsse. (Anm.155)

Die Bedenken, die gegen eine derartige Begründung der Strafbarkeit eines untauglichen Versuchs bestehen, liegen auf der Hand. Nicht wegen seiner Tat - dem untauglichen Versuch - wird der Täter bestraft, sondern es wird die Strafe als Maßnahme zur Verhinderung befürchteter, künftiger Taten benutzt. Der Täter wird bestraft, weil er zum Kreis derer gehört, die - nach allgemeiner Vermutung - wieder straffällig werden könnten.

Dabei begnügte sich Touaillon mit dem generellen Verdacht der Wiederholungsgefahr ohne die Möglichkeit zu erwägen, daß die Wiederholungsgefahr je nach Art des Versuchs nahezu sicher ausgeschlossen sein kann. Wer etwa einen bestimmten Menschen umbringen will, nach seinem Tötungsversuch indessen feststellen muß, daß sein Feind bereits tot war, als er den Anschlag auf ihn verübte, wird deshalb kaum einen anderen Menschen töten - ganz abgesehen von der Frage, ob es sich dabei um die Wiederholung eines zuvor fehlgeschlagenen Verbrechens oder um ein überhaupt anderes Delikt handeln würde.

Während die Thesen Touaillons allerdings in Österreich - im Gegensatz zur Schweiz, wo sie bis heute eine Rolle spielen -

154. Touaillon GZ 1907 Nr. 50 - 52 S.393

155. Touaillon GZ 1907 S.394

wenig Anklang gefunden haben, war eine andere These, die Touaillon aufgriff eher geeignet, zur Diskussion um den Strafgrund des Versuchs beizutragen. Er war der Ansicht, daß der Irrtum " die Seele des Versuchs " sei (Anm. 156) und griff damit auf eine bereits von Lammach geäußerte Auffassung zurück, unterschied allerdings im Gegensatz zu diesem nicht mehrere Arten von Irrtümern.

Ebenso lehnte von Krzymuski eine verschiedene Behandlung der Irrtümer ab und zog gerade daraus die Konsequenzen, die unter dem Schlagwort des sogenannten Umkehrschlusses aus § 59 StGB in Deutschland bereits bekannt waren. (Anm. 157) Nicht auf die Tauglichkeit der ausgeführten Handlung, sondern auf die Tauglichkeit der beschlossenen Handlung sei abzustellen (Anm. 158).

Diese Theorie schöpft " ihre Rechtfertigung aus derselben Quelle, woraus für den Richter die Befugnis entspringt, den Angeklagten von jeder Schuld freizusprechen, falls es sich erweist, daß er eine objektiv verbrecherische Handlung nur unter dem Einfluß eines wesentlichen und unverschuldeten Irrtums begangen hat " (Anm.159). " Hier liegt doch ", so heißt es an gleicher Stelle weiter, " unbedingt ein gleichartiges Verhältnis (sc. wie bei einem Tatsachenirrtum) nur in gegensätzlicher Richtung vor. Der Bösgesinnte hat eine objektiv verbrecherische Handlung ausführen wollen, und der Versuch sie zu vollbringen hat sich nur infolge eines, von seinem Willen unabhängigen, faktischen Irrtums in die Ausübung einer objektiv ungefährlichen und dem Vorsatz des Täters zweifellos fremden Handlung verwandelt".

156. Touaillon GZ 1907 S.398

157. v.Krzymuski GZ 1908 Nr. 27 S. 216

158. v.Krzymuski GZ 1918 S.215

159. v. Krzymuski GZ 1908 S.216



Freilich kann nicht übersehen werden, daß der Umkehrschluß nicht uneingeschränkt gezogen wurde. Es sollte nicht schon ausreichen, daß der Täter seinen Plan für erfolgreich hielt. Hinzukommen mußte, daß der Plan überhaupt hätte erfolgreich sein können. Der - abgesehen von der Ausführungshandlung - fehlende objektive Tatbestand des Versuchs wurde mit anderen Worten in den Verbrechensentschluß verlagert, behielt jedoch eine objektive Färbung. Kann nun aber ein Plan als tauglich bezeichnet werden, obwohl der Täter sein Ziel verfehlt hat, muß der Irrtum des Täters ein sogenannter ontologischer gewesen sein, da ein nomologischer Irrtum den Plan selbst als undurchführbar erscheinen lassen würde. Diesen Gedanken hat in Österreich insbesondere Finger vertieft.

#### 5. Die vermittelnde Lehre Fingers

Finger wandte gegen die subjektive Versuchstheorie ein, sie schließe unzulässigerweise von der allen Versuchsfällen gemeinsamen kausalitätsgesetzlichen Ungeeignetheit, einen Erfolg herbeizuführen, auf einheitliches, in jedem Versuch liegendes Unrecht. Richtigerweise seien jedoch zwei Gruppen zu unterscheiden: "Einige Versuchshandlungen tragen von allem Anfang an deutlich das Gepräge, daß sie zur Herbeiführung des mit ihnen angestrebten Erfolgs überhaupt ... nicht geeignet sind - bei anderen Versuchshandlungen wird diese ihnen von allem Anfang an eigentümliche Beschaffenheit erst in einem späteren Zeitpunkt erkennbar"..... " Beide Gruppen von Handlungen haben eine verschiedene soziale Bedeutung , die zu verschiedener rechtlicher Bewertung führt " (Anm.160).

Ungefährlich wirken nach Finger die wegen eines nomologischen Irrtums des Täters fehlgeschlagenen Versuche, da in diesen Fällen niemand mit dem Eintritt des Erfolgs rechnen brauche. Um eine Entscheidung darüber zu fällen, ob der Täter das Opfer eines nomologischen Irrtums gewesen war, soll nach Finger " der Richter das durch die Wissensmerkmale des Täters im Zeitpunkt der Vor-  
nahme der Handlung näher umschriebene Geschehen, .... , den objektiven Tatbestand dessen, was der Täter auszuführen gedachte, zugrunde legen" und nach diesem - subjektiven - Wissensmaterial bestimmen, inwieweit eine derartige Handlung typischerweise die Eignung hat, den Erfolg, der mit ihr erstrebt worden ist, herbeizuführen! (Anm. 161)

Dieses Abstellen auf das Wissen des Täters zur Tatzeit ist für die Unterscheidung zwischen nomologischem und ontologischem Irrtum charakteristisch und der Theorie immanent, denn wenn auf einen objektiven ex post Standpunkt abgestellt würde, müßte sich jeder ontologische Irrtum in einen nomologischen verwandeln. Aber auch wenn man dem Rezept Fingers folgt und nur das Wissen des Täters als maßgeblich behandelt, bleiben erhebliche Schwierigkeiten bei der Anwendung der Theorie .

Versucht eine sich irrtümlich für schwanger haltende Frau, das imaginäre Kind abzutreiben, möchte man annehmen, der Irrtum der Frau beziehe sich auf eine Tatsache, sei demnach ontologischer Natur. Finger unterschied indessen: Ist die Existenz des Verbrechensobjekt nach zutreffendem nomologischem Wissen unter Zugrundelegung des Tatsachenwissens des Täters ausgeschlossen, so soll der Versuch wegen des fehlenden Objekts straflos bleiben. Um bei dem angeführten Beispiel zu bleiben, bedeutet dies: Wegen Abtreibungsversuchs strafbar soll nach Finger die Nichtschwangere sein, wenn ein Geschlechtsverkehr stattgefunden hat, nicht da-

gegen, wenn die Täterin sich infolge eines Kusses für schwanger hielt (Anm.162).

Zu diesem Ergebnis gelangt Finger, weil er die Unterscheidung nicht allein auf die Vorstellungen der Versuchshandlung selbst beschränkt hat, sondern weil er auch das Tatsachen"wissen" des Täters zur Zeit der Tat auf nomologische Irrtümer hin untersucht und bei deren Vorliegen an die Stelle der Vorstellung des Täters andere, gleichsam berichtigte, setzt. Ein derartiges Verfahren führt jedoch ins Uferlose, da auf diese Weise die Irrtümer des Täters in der Verfolgung bis zu ihren Ursprüngen durch das objektive Wissen des nachträglichen Beobachters ersetzt werden.

Finger, der der objektiven Versuchstheorie insofern beige- stimmt hatte, als er "richtig an dieser Anschauung" fand, daß "gewissen Handlungen vom Standpunkt unserer unvollständigen Erkenntnisse der Verhältnisse im Augenblick des Handelns eine Bedeutung beigelegt werden kann, die ihnen später abgesprochen werden muß" (Anm.163), verfiel damit in deren ehemaligen Grundfehler, indem er wie diese einen ex post Standpunkt einnahm. Von diesem Standpunkt aus hätte aber Finger nicht bei der Frage stehen bleiben dürfen, ob die eingebildete Schwangere mit einem Mann geschlechtlich verkehrt hatte, sondern er hätte weiter untersuchen müssen, ob eine Befruchtung überhaupt möglich war (Anm. 164) - eine Frage, die stets im negativen Sinne zu beantworten wäre, da sich diese Antwort aus dem Ausbleiben der Schwangerschaft oft zwangsläufig ergibt, wenn man berücksichtigt, daß diese nicht "zufällig" sondern notwendigerweise nicht eingetreten ist.

162. Finger Strafrecht 1.Bd. S.462

163. Finger Strafrecht 1.Bd. S.452

164. Er hätte etwa fragen müssen, ob der Mann zeugungsfähig war, die Frau empfängnisfähig war etc., ob der Geschlechtsverkehr zu einer Zeit stattgefunden hat, in der eine Empfängnis möglich war, ob wirksame Verhütungsmittel angewandt worden waren.

Bei einem derartigen Vorgehen wird die Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum unfruchtbar. Vor allem aber bleibt ungeklärt, warum in den einen Fällen ein ontologischer Irrtum bis zu den ihm zugrundeliegenden nomologischen Irrtümern zurückverfolgt werden darf, während in anderen Fällen dieses Zurückgehen auf die Fehlvorstellungen unterbleibt, die Ursache des ontologischen Irrtums waren. Offenbar ist Finger in dieser Frage Opfer der eigenen Prämisse geworden. Er hat die Bestrafung des Versuchs aus dem Zweck des Strafrechts überhaupt ableiten wollen und diesen Zweck in der Abwehr und Verhinderung von Gefährdungen gemeinschaftswichtiger Güter gesehen. Um innerhalb der verschiedenen Versuchsfälle die "gefährlichen" Arten von den ungefährlichen zu trennen, hat er die Versuchshandlung, aus der etwas hätte werden können, der von vornherein aussichtslosen gegenüberstellen wollen: Während der gefährliche Versuch unter anderen Voraussetzungen zum Erfolg geführt hätte, war der ungefährliche Versuch unter keinen Umständen erfolgversprechend. Diese Gegenüberstellung glaubte er mit der Unterscheidung von nomologischem und ontologischem Irrtum ausdrücken zu können. Indessen unterfallen einige Fälle, die als von vornherein ungefährlich angesehen werden müssen, der Gruppe von Versuchsfällen, die auf einem ontologischen Irrtum beruhen, während andere, bei unbefangener Betrachtung als gefährlich erscheinende Versuche auf einen nomologischen Irrtum zurückgehen. Gegen ein überhaupt nicht existierendes Objekt gerichtete Versuche scheinen, wenn man auf eine konkrete Gefährdung abstellt, ungefährlich, obwohl sie auf einem ontologischen Irrtum - nämlich über die Existenz des Objekts - zurückgehen. Um hier zur Strafflosigkeit zu gelangen, löste Finger den gegenwärtigen ontologischen Irrtum des Täters in vorhergehende nomologische Irrtümer auf.

Umgekehrt erscheinen alle die Versuche, bei denen das Mittel, das der Täter zur Erreichung seines Zieles einsetzte, lediglich quantitativ unzureichend war, unabhängig davon gefährlich, ob der Täter einem nomologischen oder ontologischen Irrtum zum Opfer gefallen war. Im Grunde ist hier die Unterscheidung nach

der Art des Irrtums kaum zu treffen, denn da z.B. "Gift" erst durch seine Quantität zu Gift wird, der Begriff des Gifts bzw. seine Qualität untrennbar mit seiner Quantität verbunden ist, ist es allein eine Frage der Bezeichnung, ob der Täter über die Eigenschaft eines Stoffs geirrt hat ( ontologischer Irrtum) oder über seine Wirksamkeit (nomologischer Irrtum). Die Eigenschaft des Stoffs, Gift zu sein, liegt allein in seiner Wirkung als Gift.

Die Unterscheidung des gefährlichen vom ungefährlichen Versuch nach der Art des ihm zugrundeliegenden Irrtums hat danach nicht zu befriedigenden Ergebnisse führen können. Die Verwendung dieser Unterscheidung zur Begründung einer zwischen der subjektiven und objektiven Versuchstheorie vermittelnden Lehre durch Finger konnte sich erwartungsgemäß nicht durchsetzen (Anm. 165).

Wie bereits berichtet, ist die Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum der Sache nach auch in der subjektiv orientierten Versuchslehre von Krzymuskis aufgetaucht (Anm. 166), hier jedoch nicht, um den gefährlichen vom ungefährlichen Versuch abzugrenzen, sondern als Einschränkung des Umkehrschlusses.

Während in Deutschland lediglich gefordert wurde, daß der Täter sein Handeln für erfolgsversprechend hielt, während also in Deutschland der Verbrechenstatbestand von den Anhängern des Umkehrschlusses aus § 59 StGB vollständig subjektiviert und in den Verbrechensentschluß verlagert wurde, so daß das Problem der Tauglichkeit überhaupt nicht mehr auftauchte, verlangte von Krzymuski zumindest die Tauglichkeit der beschlossenen Handlung (Anm.167). Die gegensätzlichen Ausgangspunkte von Finger und

165. Vergl. etwa die Abhandlung bei Lammasch-Rittler Lehrbuch 5.Aufl. S. 143

166. v. Krzymuski GZ 1908 S. 216

167. Vergl. oben Anm. 158



von Krzymuski sind klar erkennbar.

Finger hat versucht, eine Trennungslinie zwischen gefährlichem und ungefährlichem Versuch zu ziehen, während von Krzymuski sich allein aus Gründen der Zweckmäßigkeit zu der erwähnten Einschränkung gezwungen sah, den Irrtum aber gerade als Grundlage der Zurechnung behandelte. Leider hat von Krzymuski nicht näher dargelegt, warum nur der ontologische, nicht aber der nomologische Irrtum als Anknüpfung der Zurechnung verwendbar sei, so daß hierzu nur eine Vermutung geäußert werden kann.

Allem Anschein nach hat es von Krzymuski für nötig gehalten, ein objektives Element - die Tauglichkeit des Plans - beizubehalten, um die Strafbarkeit des Versuchs <sup>zu</sup> begründen. Dabei ist er offenbar von der Vorstellung ausgegangen, daß an-stelle des objektiven Erfolgs beim vollendeten Delikt beim Versuch der Verbrechensplan dem Täter zugerechnet wird. Da aber nicht ein strafrechtlich vollkommen irrelevanter Plan zugerechnet werden könne, müsse von dem Plan verlangt werden, daß er tauglich sei.

Ist von Krzymuski damit zutreffend interpretiert, kann nicht übersehen werden, daß dieses Ergebnis mit dem Umkehrschluß nicht mehr erklärt werden kann. Sieht man überhaupt im Umkehrschluß den Grund für das Abstellen auf den Verbrechensentschluß beim Versuch, ist der Inhalt des Entschlusses ohne Rücksicht darauf, zuzurechnen, in welcher Hinsicht die Vorstellungen des Täters mit der Wirklichkeit nicht übereinstimmen. Mit anderen Worten wird nicht der Verbrechensentschluß als solcher zugerechnet - er ist wie der Vorsatz beim vollendeten Delikt nur Voraussetzung, nicht Objekt der Zurechnung - sondern der in dem Verbrechensentschluß vom Täter gedanklich antizipierte Erfolg.

Schließlich sei an dieser Stelle auf die Bedenklichkeit einer Vorstellung hingewiesen, die der Unterscheidung von ontologischem und nomologischem Irrtum ebenso zugrunde liegt, wie auch anderen Theorien zum Versuch: Es handelt sich um die These , der Irrtum sei " die Seele des Versuchs" (Anm.168).

Diese These läßt sich nur halten, wenn der Begriff des Irrtums außerordentlich weit gefaßt wird. So muß als Irrtum bezeichnet werden, wenn der Täter an den Eintritt der Umstände, die den Erfolg seiner Tat vereiteln haben, überhaupt keine Gedanken verschwendet hat. So aber liegt es in nahezu allen Fällen, in denen sich der Täter nach Beendigung eines im landläufigen Sinne tauglichen Versuchs zum Rücktritt entschlossen hat.

Weder Finger noch von Krzymuski haben sich diese Frage gestellt. Freilich glaubte sich Finger auch aus einem anderen Grund , als dem bereits dargestellten zur Unterscheidung von ontologischem und nomologischem Irrtum berechtigt. Seiner Ansicht nach ergab sich dieser Gegensatz nicht allein aus der Notwendigkeit zwischen dem gefährlichen und ungefährlichen Versuch zu unterscheiden , sondern direkt aus dem Wortlaut des Gesetzes. Dieser fordert eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung , was nach Ansicht Fingers nicht allein auf eine objektive Versuchstheorie hindeutet, sondern darüber hinaus nur dahin zu verstehen sei, daß allein die auf einem ontologischen Irrtum beruhende Versuchshandlung als " zur wirklichen Ausübung führend " verstanden werden könne (Anm.169).

168. Vergl. oben Anm. 156

169. Finger Strafrecht S.470 ff, 474

V. Der Streit um die Auslegung von § 8 StG zu Anfang  
des 20. Jahrhunderts.

Über die Bedeutung der zitierten Formulierung in § 8 StG hatte es Anfang dieses Jahrhunderts eine heftige Auseinandersetzung zwischen mehreren Autoren gegeben. Die einen waren der Auffassung, daß die zitierte Gesetzesstelle lediglich den Zeitpunkt bestimmen wollte, in dem die Vorbereitungshandlungen in Versuchshandlungen umschlugen. Lammasch stützte sich dabei vor allem auf das Wörtchen "sobald", das lediglich einen temporalen, keinen konditionalen Sinn habe und schloß daraus, daß es mehr um das "wann" als um das "ob" der Strafbarkeit gehe (Anm.170).

Stoß sah dagegen in der " zur wirklichen Ausübung führenden Handlung " eine taugliche Handlung , legte § 8 StG insoweit also nicht nur als Bestimmung zur Abgrenzung vor Vorbereitung und Versuch aus, sondern sah in ihm die Grundlage der objektiven Versuchstheorie. Da eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung keine zum Erfolg führende Handlung sein konnte, war er allerdings gezwungen, zwischen Ausübung und Vollbringung zu unterscheiden. Der zwischen beiden Begriffen bestehende Widerspruch sei durch die Konjunktion " aber " in § 8 StG deutlich zum Ausdruck gebracht worden (Anm.171). Demnach sei also "Ausübung... das Ausüben einer Tätigkeit, nicht das, was durch eine Tätigkeit vollbracht wird". Damit scheint die Ungereimtheit des Gesetzeswortlaut von § 8 StG, auf die bereits Janka hingewiesen hatte (Anm.172) , beseitigt zu sein (Anm.173).

170. Lammasch GZ 1908/S. 213 (Nr. 27) ähnlich v.Krzymuski GZ 1908 S. 216 (Nr.27)

171. Stoß GZ 1908/46 (Nr. 6)

172. Janka-Kallina Strafrecht S. 124 (vergl. oben Anm.145)

173. Dieser Meinung war jedenfalls Stoß. Vergl. Jur. Bl. 1908 S. 326 wo Stoß Lammasch vorwarf, den von ihm herausgestellten Unterschied zwischen Berührung und Ausführung übersehen zu haben.

Für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch glaubte Stooß folgendes Kriterium gefunden zu haben: " Wer eine zur wirklichen Ausübung des Verbrechens führende Handlung unternommen hat, hat die Tätigkeit , die ein Verbrechen voraussetzt, ausgeübt, nicht bloß eine Vorbereitungshandlung. Er hat nach heutigem Sprachgebrauch eine Ausführungshandlung unternommen "(Anm. 174).

Auch Finger war mit Stooß der Ansicht, daß der Ausdruck " zur wirklichen Ausübung führend " sowohl als Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vorbereitung und Versuch als auch für die Abgrenzung zwischen strafbarem -tauglichem- und straflosem -untauglichem- Versuch anzusehen sei (Anm.175). Anders als Stooß, der objektive Tauglichkeit der Ausführungshandlung verlangte, anders aber auch als die Vertreter einer subjektiven Versuchstheorie, die die Überzeugung des Täters von der Geeignetheit seines Handelns genügen ließen, verlangte Finger die objektive Tauglichkeit des Verbrechensplanes. Da eine " wirkliche " Ausübung nur eine solche sein könne, denen ein richtiges Erfahrungswissen Eignung für den Erfolg zuspreche, bliebe es die Grundlage für die unterschiedliche Behandlung von ontologischem und nomologischem Irrtum. Diese Ansicht wäre in der Tat überzeugend gewesen, wenn die Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum klar zu treffen wäre. Die angeführten Fälle des fehlenden Objekts und des Versuchs mit unzulänglichen Mitteln zeigen indessen, daß die Erfolgsaussicht eines Verhaltens häufig von den unmittelbar in die Tat eingeflossenen nomologischen Vorstellungen des Täters ganz unabhängig sind.

Zur Grenze zwischen Vorbereitung und Versuch führte Finger aus: (Anm.176) " Die Strafbarkeit beginnt erst , wenn sich die Hand-

174. Stooß GZ 1908 S. 46(Nr.6)

175. Finger Strafrecht S. 473

176. Finger Strafrecht S. 477

lungsreihe schon bis zu einem als Beginn der wirklichen Ausübung zu bezeichnenden Punkt entwickelt hat", und etwas später heißt es (Anm.177). "Zur wirklichen Ausübung führende Handlungen (Versuchshandlungen) sind Handlungen, die an sich tragen die generellen Merkmale jener Gruppen von Handlungen, durch welche erfahrungsgemäß der Erfolg herbeigeführt wird, der durch die unternommene Versuchshandlung herbeigeführt werden sollte".

Die subjektive Lehre ging demgegenüber davon aus, daß das Wort führend in § 8 StG als "geeignet zu führen" gedeutet werden müsse, daß die Überzeugung des Täters von der Geeignetheit seiner Handlung genüge und daß die fragliche Passage nur Bedeutung für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch haben könne (Anm.178). Damit war jedoch die Trennungslinie zwischen der straflosen Vorbereitung und dem strafbaren Versuch noch nicht gezogen. Während Touaillon der Meinung war, es gäbe überhaupt keine "innere Grenze zwischen straflosen Vorbereitungshandlungen und strafbaren Versuchshandlungen" (Anm.179), bemühten sich von Krzymuski und Lammasch um eine sachliche Unterscheidung.

Von Krzymuski sah zwar - ebenso wie Stooß - keinen inneren Widerspruch im Wortlaut des § 8 StG, da Ausübung einer Handlung nicht mit deren Vollbringung gleichgesetzt werden dürfe, gegen Stooß identifizierte er indessen nicht den Anfang der Ausführung "mit dem Unternehmen einer objektiv tauglichen Versuchshandlung", sondern als Versuch eine Handlung an, "aus welcher mit Sicherheit zu ersehen ist, daß der Bösgesinnte schon begonnen hat, seinen verbrecherischen Vorsatz zu verwirklichen" (Anm.180). Die Begründung für diese subjektive - der Rechtsprechung des OGH nahekommende Abgrenzung glaubte er dem Wort "unternommen" in § 8 StG entnehmen zu können. Dieses Wort sage subjektiv mehr und 177. Finger Strafrecht S. 479

178. Touaillon GZ 1907 S.397 (Nr. 50) vergl. auch Lammasch objektive Gefährlichkeit S. 42

179. Touaillon GZ 1907 S.404 (Nr.51)

180. v.Krzymuski GZ 1908 S. 216 (Nr. 27)



objektiv weniger aus als das Zeitwort: ausüben , weswegen auch die Unterscheidung zwischen Vorbereitung und Versuch nur subjektiv vorgenommen werden könne (Anm.181). Daß "unternehmen" weniger als "ausführen" bedeute, leitete von Krzymuski einmal aus dem Wortsinne des Ausdrucks her: " Eine Handlung unternehmen, heißt den auf ihre Ausführung gerichteten Vorsatz in die Tat umsetzen" (Anm. 182). Demnach braucht die tatsächlich ausgeführte Handlung mit der unternommenen nicht identisch zu sein. Zum andern wies von Krzymuski darauf hin, daß das Wort "unternommen" in den §§ 127 und 138 StG im Sinne von " versucht" verwandt worden sei. Gemäß § 127 StG ist der an einer wehrlosen, bewußtlosen oder unmündigen Frau " unternommene " Beischlaf als versuchter Beischlaf zu verstehen (Anm. 183) und ebenso spricht § 138 StG vom unternommenen aber nicht vollbrachten, als versuchten Mord.

Dem hielt Stooß entgegen, es gehe nicht um die Bedeutung des Wortes "unternommen" in § 8 StG , sondern um den Begriff des Versuchs. Dieser erfordere aber eine objektiv vorhandene Ausführungshandlung , an der es fehle, wenn der Täter nur auszuführen glaubt (Anm.184). Im übrigen sei der Begriff "unternommen" keineswegs stets im Sinne von "versucht" gebraucht, was u.a. daraus hervorgehe, daß das Unternehmen in § 1 StG dem Unterlassen gegenübergestellt sei (Anm.185).

181. v. Krzymuski GZ 1918 S. 216 (Nr.27)

182. v. Krzymuski Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 4 (1913)/110

183. vergl. OGH SST XIV/97 (28.11.1934)

184. Stooß Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 5 (1914)/95

185. Stooß Österreichische Zeitschrift für Strafrecht 5 (1914)/96

Sieht man von dem letztgenannten Argument von Stooß ab, obwohl es zumindest Zweifel an der Beweisführung von Krzymuski weckt, soweit dieser am Gesetzeswortlaut orientiert ist, enthält der Hinweis auf die Ausführungshandlung die Erkenntnis, daß der Versuch ebenso wie das vollendete Verbrechen tatbestandsmäßig sein muß, um bestraft werden zu können. (Anm. 186) Von Krzymuski hat das Problem des Tatbestands beim Versuch, das sich bei der Abgrenzung von Vorbereitung am augenfälligsten stellt, übergangen. Immerhin hat er den Beginn der Versuchshandlung erst mit dem Umsetzen des Verbrechensentschlusses in die Tat angesetzt und damit einen recht späten Zeitpunkt für entscheidend gehalten.

Lammasch dagegen, der dem Tatbestandsproblem beim Versuch wie seinerzeit alle Vertreter der subjektiven Verbrechenslehre ebenfalls keine Bedeutung beigemessen hat, versuchte aus dem Gesetzestext einen früheren Zeitpunkt des Versuchsbeginns herauszulesen. Er entschied zwischen einer " zur wirklichen Ausübung des Verbrechens führenden Handlung" und einer " Ausführungs- oder Ausübungshandlung".

Diese Unterscheidung scheint mit der von Stooß vertretenen Differenzierung zwischen Ausübung und Ausführung, von denen die erstere die Tätigkeit unter Ausschluß des Erfolgs bezeichnen sollte, Ähnlichkeit zu haben. Lammasch vertrat indessen eine andere Auffassung und lehrte : " Die Handlung, die zur Ausübung führt, geht .... der Ausübung zeitlich voran und ist begriff-

186. Stooß entwickelte den Tatbestandsbegriff aus dem Satz *nüllum crimen sine lege* und lehrte: "Das Kriminalunrecht ist .... nicht nur scharf abgegrenzt, sondern an eine Form gebunden" (ZStW 24(1904)/321). Daraus folgerte er: " Nach österreichischem Strafrecht hat jede Strafbestimmung zwei Bestandteile: 1) Den Formalakt der Kriminalisierung: " Ein Verbrechen begeht" 2) Die Bezeichnung der kriminalisierten Tat, den gesetzlichen Tatbestand. 3) Die Strafsanktion.

lich von ihr getrennt, sie ist noch kein Teil der Ausführung selbst (Anm.187)"...."Ein Schritt, der jemanden zum Verbrechen führt, ist noch nicht ... das Verbrechen selbst, noch nicht die Ausführung des ....Verbrechens " (Anm.188). Welche Tätigkeitsakte Lammasch allerdings mit dieser Formulierung in den strafbaren Bereich des § 8 StG einbezogen wissen wollte, ist damit nicht eindeutig ausgedrückt. Diese Unklarheit wird schließlich dadurch eher verstärkt, daß Lammasch unter der Ausübung gerade nicht eine durch eine objektive Tendenz gekennzeichnete Handlung erblickt hat , sondern stets dann, wenn der ( strafrechtlich relevante) Erfolg einer Handlung ausgeblieben ist, auf den Entschluß als individualisierendes Element zurückgegriffen hat. Ist aber damit die Ausübung selbst ins Subjektive transponiert, fällt es schwer anzunehmen, daß Lammasch auch den Täter wegen Versuchs bestraft wissen wollte, der nach seinen Vorstellungen noch nicht zur Ausführung seines Entschlusses übergegangen war.

Daß auch die Vertreter einer objektiven Versuchstheorie die Bedeutung des Tatbestandsbegriffs für die Versuchsdogmatik nicht in ihrer ganzen Tragweite erkannt haben, zeigt sich daran, daß sowohl Finger (den man insoweit zu den Vertretern einer objektiven Theorie rechnen kann) (Anm.189) als auch Stooß (Anm. 190) wie früher bereits Geyer den fehlenden Rücktritt vom Versuch als negatives Tatbestandsmerkmal erfaßten, ohne sich darüber Rechenschaft abzulegen, daß diese Ansicht nur haltbar ist, wenn der Rücktritt auf die Unrechtsbewertung der Versuchshandlung Einfluß hat (Anm.191).

187. Lammasch GZ 1908 /213 (Nr.27)

188. Lammasch GZ 1908 /213 (Nr. 27)

189. Finger Strafrecht S.495

190. Stooß Lehrbuch des österreichischen Strafrechts S. 120

191. Finger war allerdings insofern konsequent, als er die Gehilfen bei Rücktritt des Haupttäters vom Versuch für straffrei ansah (Strafrecht S.497).

Diese Verknüpfung von Rücktritt und Versuchstatbestand konnte die Errichtung eines neuen , tragfähigen Fundamentes der objektiven Versuchslehre nur erschweren. Statt dieser mit der Vorstellung einer teilweisen, abirrenden, bruchstückhaften Kausalität und mit dem Bild einer ursächlichen Beziehung zwischen Versuchstätigkeit und Verbrechen begründen zu wollen, kam es für die Objektivisten darauf an, zwei Begriffe in den Mittelpunkt zu ziehen : Den - formalen - Begriff der Tatbestandsmäßigkeit (Anm. 192) und den - materialen - Begriff der Gefährdung eines Rechtsguts. Rückblickend kann festgestellt werden, daß nur ersteres gelang, während der besondere methodische Ansatz zur Bestimmung des Gefahrbegriffs - der ex ante Standpunkt - für den Problemkreis des Versuchs nicht mit der Klarheit nutzbar gemacht wurde wie in Deutschland.

Dem scheint die Tatsache zu widersprechen, daß der Gefahrbegriff in der strafrechtlichen Literatur bereits frühzeitig behandelt und zutreffend definiert wurde. Stooß lehrte etwa, daß Gefahr " eine Gestaltung von Umständen " sei, " die besorgen läßt, daß ein Übel daraus entsteht. Nach dem Urteile des Beobachters sind die Bedingungen eines schlimmen Erfolgs wahrscheinlich vorhanden" (Anm.193). Nicht anders lauten im Kern die später gegebenen Erklärungen in den Lehrbüchern Rittlers, Horrows, Malaniuks und Nowakowskis (Anm. 194). Nicht nur eine Definition des Gefahrbegriffs findet sich jedoch im Lehrbuch von Stooß , sondern auch die Verbindung des Gefahrbegriffs mit der Frage nach dem Straf-

192. Zur Kennzeichnung dieses Begriffs als "formal" zutreffend Plate JZ 66/394 mit Blick auf die Entwicklung des Begriffs durch Beling.

193. Stooß: Lehrbuch S. 112. Der Standpunkt des zitierten Beobachters kann nur der zur Zeit des Geschehens sein. An gleicher Stelle heißt es weiter: Sie (s die Gefahr) besteht nicht nur in unserer Einbildung; sie ist tatsächlich vorhanden. Doch ist richtig, daß wie den Begriff der Gefahr unserer Unvorsichtigkeit mit unserem mangelhaften Einblick in das Kausalgesetz vorhanden".

194. Vergl. die Zusammenstellung bei Pöhl ÖJZ 1909/620 ff.

grund des Versuchs, mit anderen Worten jener Ansatz zu einer materialen Begründung der objektiven Versuchstheorie, die vor dem mit den pseudonaturwissenschaftlichen Argumenten zur Ursächlichkeit der Versuchshandlung mißlungen war.

Zum Strafgrund des Versuchs heißt es bei Stooß: " Die Strafgewalt richtet sich gegen die schuldhafte Schädigung oder Gefährdung strafrechtlich geschützter Güter "...." Diesen Zweck verfolgt auch die Bestrafung des Versuchs". Unter dem Versuch sei demgemäß ein gefährdender Angriff auf ein geschütztes Rechtsgut zu verstehen (Anm.195). Auch zum Versuch gehöre ein objektiver Tatbestand. Das alles klingt, als habe die Versuchslehre von Stooß dem entsprochen, was soeben als Voraussetzungen für eine Basis der objektiven Theorie herausgestellt wurde. Bei näherem Zusehen erweist sich dieser erste Eindruck aber als falsch. Daß die Konturen des Tatbestandes eines Versuchs bei Stooß nur unscharf waren, ist mit Blick auf die Behandlung des Rücktritts bereits bemerkt worden. Die Beispiele, die Stooß für Fälle eines straflosen Versuchs anführt, lassen darüber hinaus den Schluß zu, daß auch der Gefahrbegriff innerhalb der Versuchsdogmatik noch keinen festen Platz hatte.

Das Kernproblem nämlich - welcher Wissensstoff dem ex ante Beobachter zugebilligt werden muß, damit ein Urteil über die Erfolgsadäquanz des Versuchs gefällt werden kann - blieb unbehandelt. Stattdessen nahm Stooß die Argumentation unter Umgehung dieser Fragestellung von der formalen Seite auf und stellte, ähnlich wie die Rechtsprechung des OGH vorzugehen pflegte, fest:

195. Stooß Lehrbuch S.115 ferner aaO. S. 116: "Wenn die Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der vollendeten Verbrechenstat die Strafbarkeit des Täters begründet, so muß dies auch für den Versuch gelten. Es ist kriminalpolitisch nicht folgerichtig, die Strafbarkeit des Versuchs in einem anderen Grunde zu suchen als die Strafbarkeit des vollendeten Verbrechens."



"Eine Handlung, durch die das Verbrechen überhaupt nicht ausgeführt werden kann, ist keine Ausführungshandlung", so daß eine " Vergiftung " mit Zucker , der Schuß auf den Baumstumpf und die Abtreibung einer Nichtschwangeren straflos bleiben mußten (Anm.196). Dieses Festhalten an der Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch führt vom Begriff des gefährlichen Versuchs weg, indem es an die Stelle einer konkreten Beurteilung des Einzelfalls eine abstrahierende Betrachtungsweise setzt, die am Ende auf ein Jonglieren mit Begriffen hinausläuft, da eine feste Regel, wovon und wie weit abstrahiert werden darf, nicht aufgestellt werden kann.

Stoß hat diese Konsequenz nicht klar erkannt, und es kann daher seine Versuchstheorie nicht als Begründung einer auf dem Gefahrbegriff aufbauenden objektiven Versuchstheorie bezeichnet werden, so wie dies in Deutschland von der Theorie von Liszts gesagt werden kann.

Freilich war der Begriff der Gefahr im Zusammenhang mit dem Problem der Strafbarkeit des Versuchs nicht überhaupt aus der Diskussion verschwunden, doch wurde er keineswegs stets zur Begründung einer objektiven Versuchslehre gebraucht , was seine Eignung hierzu in den Augen der Objektivisten möglicherweise zusätzlich herabgesetzt hat. Der Grund für die Verwendung des Gefahrbegriffs innerhalb einer subjektiven Versuchstheorie mag darin gelegen haben, daß der Begriff selbst als subjektiver verstanden wurde.

Ganz im Sinne von Lammaschs Schrift " Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff des Verbrechenversuchs" heißt es in der fünften , von Rittler bearbeiteten Auflage des Grundrisses des österreichischen Strafrechts von Lammasch (Anm. 197) :

196. Stoß Lehrbuch S. 122

197. Lammasch-Rittler Grundriß des österreichischen Strafrechts  
5.Aufl. S. 131

"Eine Folge unserer Unfähigkeit , den Kausalzusammenhang unserer Handlungen vollkommen zu überschauen, ist der Begriff der Gefahr Erkenntnistheoretisch beurteilt, ist dieser Begriff ein durchaus subjektiver, eine Folge unseres fragmentarischen Wissens, unsere beschränkten Einsicht in den Entwicklungsang der Dinge. Würden wir den Zusammenhang des Weltgeschehens kennen... würden wir die künftigen Ereignisse nur unter den Kategorien der Notwendigkeit ihres Eintretens oder ihres Ausbleibens beurteilen, nicht der ihrer Möglichkeit". Dieses Verständnis des Gefahrbegriffs verleitet Lammasch zwar nicht dazu, überhaupt die rechtliche Urteilbarkeit einer gefährlichen Situation zu leugnen (Anm.198), den Grund für den Eindruck der Gefahr sah er indessen nicht in einem objektiven Geschehen , sondern in dem Verbrechensentschluß, an den der Täter in die Tat umgesetzt hat (Anm.199). Dabei hat Lammasch offenbar nicht eine Gefahr im Auge gehabt, die durch den verbrecherischen Vorsatz lediglich besonders signifikant geworden war, unverändert aber als Attribut einer bestimmten Tat anzusehen war. Der Sache nach hat er vielmehr in dem Vorsatz das Merkmal einer generell gefährlichen Gesinnung des Täters gesehen und aus der Manifestation dieser Gesinnung den Strafgrund des Versuchs hergeleitet. (Anm.200)

In seinem eigenen Lehrbuch hat sich Rittler von dieser Ansicht Lammaschs abgewandt. Dennoch wird man auch von Rittler nicht sagen können, daß er die objektive Theorie , deren Vertreter er

198. Lammasch-Rittler Grundriß S. 132

199. Lammasch-Rittler Grundriß S. 136: " Strafbar können nur solche Handlungen sein, die ihrem allgemeinen Charakter nach einen zuverlässigen Schluß auf die Ernstlichkeit und Entschiedenheit des Vorsatzes zur Ausführung eines bestimmten Verbrechens zulassen."

200. Vergl. Zitat Anm.199

war, etwa so wie von Franz von Liszt (Anm. 201) oder Robert von Hippel (Anm. 202) in Deutschland aus dem Adaequanzgedanken entwickelt hätte. Sein Ansatz war vielmehr in erster Linie formal und positivistisch, und dieser Ansatz hat bei Rittler stets im Vordergrund gestanden.

## VI. Die Entwicklung der Versuchslehre in der Auseinander- setzung zwischen Rittler und Kadečka

### 1. Die Lehre Rittlers

Die Lehre Rittlers wurde durch die Theorie Belings vom Verbrechen Aufbau bestimmt. Wie Beling unterschied Rittler zwischen Deliktstypus und gesetzlichem Tatbestand (Anm. 203), bezeichnete letzteren allerdings als Tatbild und faßte unter diesem Begriff " die auf der äußeren, objektiven Seite gelegenen Bestandteile des gesetzlichen Deliktstypus zusammen" (Anm. 204). Ebenfalls im Anschluß an Beling verstand er die Rechtswidrigkeit als etwas Objektives und lehrte : " Die Rechtswidrigkeit ist eben durchaus objektiver Natur, sie hat es nur mit der äußeren Bedeutung der Tat zu tun, dem sachlichen Unwert des faktischen Geschehens" (Anm. 205). Subjektive Unrechtsmerkmale lehnte Rittler ab (Anm. 206) - auch dies im Einklang mit Beling.

201. s.o.S. 45 ff.

202. s.o.S. 51 ff.

203. Beling Lehre vom Tatbestand S. 111, 3 ff, 11 (vergl. die gedrängte Darstellung der Lehre Belings durch Engisch in der Festschrift für Rittler S. 165 f, ferner Plate JZ 66/393.

204. Rittler LB 2. Aufl. S. 63.

205. Rittler LB 2. Aufl. S. 116.

206. Rittler LB 2. Aufl. S. 121. In JBl. 55/614 nannte er subjektive Unrechtselemente einen Ungedanken, in JBl. 55/634 einen verhängnisvollen Zwang.

Seiner Forderung " Zurück zu Beling " (Anm. 207) ist Rittler allerdings selbst nicht in jedem Punkt gefolgt. Während er in mancherlei Hinsicht die teleologische Methode der Systembildung, die nach Beling in Deutschland herrschend geworden war, in seine Lehre übernahm, blieb er in anderer Hinsicht im positivistischen Ansatz noch hinter Beling zurück. Diese Diskrepanzen machen sich besonders bei der Lehre vom Versuch bemerkbar.

Beling hatte gelehrt, daß die sogenannten Erscheinungsformen des Verbrechens, die von Beling unselbständige Deliktstypen genannt wurden, zwar ihr eigenes Leitbild hätten, daß dieses aber " für sich allein hohl" sei und " strafrechtliche Bedeutung nur in Verbindung mit einem gesetzlichen Tatbestand " gewinnen könne (Anm.208). Die Erscheinungsformen müßten deshalb als " tatbestandsbezogene " angesehen werden im Gegensatz zu den selbständigen Deliktstypen verlangten sie jedoch keine tatbestandsmäßige Handlung" (Anm.209). Da somit ein Versuch bereits bei einem nur tatbestandsbezogenen Verhalten zu bejahen war, konnte ein Mangel am Tatbestand, also das Fehlen von bestimmten Charakteristica des Tatbestandes die Strafbarkeit nicht schlechthin ausschließen. Vielmehr setzten nach Beling " eben hier ... die unselbständigen Deliktstypen ( die " Erscheinungsformen" ) ein, deren Wesen darin besteht, daß sie - in bestimmt umrissenen Grenzen - trotz mangels am Tatbestand Strafbarkeit begründen (Anm.210) ".

207. Rittler JBl. 1955/614

208. Beling Lehre vom Tatbestand S. 7

209. Beling Lehre vom Tatbestand S.8 ferner S.18 "Strafdrohungen gegen Versuch usw. zielen gerade in erster Linie auf solche Handlungen ab, bei denen sich von dem Täter nicht sagen läßt, er habe den Tatbestand verwirklicht." Dazu Anm.1 (S.18) "Die Versuchs-Handlungen sind .... wohl " erscheinungsformmäßig" aber nicht "tatbestandsmäßig".

210. Beling Lehre vom Tatbestand S. 20.

Rittler übernahm die Unterscheidung von selbständigen und un-selbständigen Deliktstypen nicht mit der Folge, daß er gezwungen war, an ein in der Erscheinungsform des Versuchs verübtes Verbrechen bei der strafrechtlichen Beurteilung die selben systematischen Anforderungen zu stellen, wie an ein vollendetes Delikt. Rittler forderte demgemäß Tatbestandsmäßigkeit auch für den Versuch (Anm.211). Da aber die Tatbestandsmäßigkeit nach Rittler nur in einem Äußeren, Objektiven zu finden war, ging es für ihn darum, dem wahrnehmbaren Geschehen eine objektive Typizität abzulesen. Nur ein solches typisches und damit tatbestandsmäßiges Verhalten erkannte Rittler als Ausführungshandlung an. " Die Tätigkeitsworte mit dem Sinn " Verursachung eines Erfolgs" , so meinte Rittler, (Anm.212), " bezeichnen ein Doppeltes: Eine Handlung und die Wirkung der Handlung. Trennen wir die beiden Elemente und fragen wir uns, wie die Handlung für sich allein zu charakterisieren sei, so kommen wir auf die Formel, " Handeln auf solche Art, daß daraus der Erfolg..... möglich wird" " und weiter: "Nur die Handlung ist Versuchshandlung, von der der ruhige und verständige Beobachter sagt "Es ist denkbar, daß damit unmittelbar der Erfolg ausgelöst wird"". Schließlich heißt es : " Das "Töten " empfängt seinen spezifischen Charakter nicht durch den wirklichen Eintritt des Todes eines Menschen, sondern durch seine Richtung auf diesen Erfolg".

211. Rittler Mon.Schr.krim. 19(1927)/525, LB AT 2.Aufl.S. 255.

212. Rittler JBl. 1934/2



Der Hinweis Rittlers auf den ruhigen verständigen Beobachter scheint recht nahe an die in Deutschland zur objektiven Versuchstheorie entwickelten Lehren heranzureichen, so daß die These, Rittler habe auf anderen Wegen als von Liszt und von Hippel nach Begründungen gesucht, fragwürdig erscheint. Eine nähere Prüfung belehrt indessen darüber, daß es Rittler - abgesehen von der Anfechtbarkeit seiner Ansichten - (Anm.213) weniger um das "Gefährliche einer Versuchshandlung" gegangen ist als um den Nachweis einer "typischen" Ausführungshandlung beim Versuch. Den Zusammenhang zwischen dem Begriff der Gefahr und dem Standpunkt der Beurteilung hat Rittler ebensowenig herausgestellt, wie er sich die Frage vorgelegt hat, wann der "ruhige verständige Beobachter" ein Geschehen für gefährlich halten mußte. Stattdessen hat er im Gegensatz zu Beling die Lehre vom Mangel am Tatbestand in ein Verbrechenssystem einzubauen versucht. Wie zu Dohna und die ihm folgenden Vertreter dieser Lehre hob er den Erfolg bzw. die zum Erfolg führende Kausalität unter den übrigen tatbestandlichen Verbrechensmerkmalen heraus und erkannte nur die Handlung als Versuch an, die durch einen Irrtum des Täters über den Eintritt des angestrebten Erfolgs gekennzeichnet war (Anm. 214).

213. Wenn man die Unterscheidung zwischen Handlung und Herbeiführung des Erfolgs treffen will, (an der letztlich jeder der eine objektive Versuchstheorie begründen will, gezwungen ist) kommt man mit der Definition Rittlers nicht weiter, denn schlechthin jede Tätigkeit kann als Handlung bezeichnet werden, aus der möglicherweise ein Erfolg entstehen kann. Der als Erfolgsverursachung verstandenen Handlung kann nur die Handlung in ihrer ontologischen Struktur, d.h. das final überdeterminierte Tätigwerden gegenübergestellt werden.

214. Rittler LB AT 2.Aufl.S. 256. Wenn Auch Rittler die Art des Irrtums zur Gegenüberstellung von Versuch und Mangel am Tatbestand benutzte, lehnte er es doch ab, im Sinne des Umkehrschlusses dem Irrtum strafbegründende Wirkungen zuzusprechen LB S. 260.

Dabei sah er sich zu dieser Unterscheidung umsomehr berechtigt, als er der Überzeugung war, daß der Irrtum des Handelnden im Falle des Mangels am Tatbestand von anderer Art sei als im Falle des Versuchs, da er sich auf ein gegenwärtiges, nämlich die bei Verübung der Tat bereits vorliegenden Umstände beziehe, während sich beim Versuch im engeren Sinne die Fehlvorstellung auf den künftigen Erfolgseintritt richte. Daß hierin eine Selbsttäuschung lag, braucht nicht besonders hervorgehoben werden (Anm.215). Wichtiger ist die Feststellung, daß Rittler die Erkenntnis, nach der "die Gefährlichkeit der Tat, nicht des Täters.... die Strafbarkeit des Versuchs" begründet (Anm.216), für seine Lehre vom Verbrechenaufbau und vom Unrecht des Versuchs nicht ausgewertet hat. Hierzu hätte für Rittler umsomehr Anlaß bestanden, als er sich von der Lehre Belings zum Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit gelöst hatte und den Tatbestand nicht mehr als neutral, sondern als Indiz der Rechtswidrigkeit verstand (Anm.217).

Zu diesem Verständnis gelangt nur, wer den Tatbestand nicht nur als funktionales Gebilde begreift, sondern in ihm den Ausdruck einer bestimmten Wertung entdeckt. Eine solche Wertung mag die dem Gesetz zugrundeliegende Vorstellung sein, Schädigung und Gefährdung von Rechtsgütern fernzuhalten. Man darf annehmen, daß

215. Sie beruht im Grunde auf der gleichen Vorstellung, die auch den Begriff der potentiellen Kausalität hervorgebracht hat: Da Erfolg und Ursache notwendig zusammenhängen, ist ein "Irrtum über den Erfolgseintritt ebenso zwangsläufig auch ein Irrtum über die Ursächlichkeit des Handelns für einen bestimmten Erfolg. Wollte man den Irrtum nur auf das Zukünftige, also den Erfolg beziehen, hieße dies den Erfolgseintritt von Zufälligen statt von Notwendigen abhängig machen.

216. Rittler LB AT 2. Aufl. S. 255 unter Berufung auf Stooß Strafr. S.115.

217. Rittler LB AT 2.Aufl. S.66.

Rittler eine ähnliche Grundhaltung dem Gesetz gegenüber eingenommen hat. Anders aber als etwa Mezger, der aus der Wertbestimmtheit der Tatbestände, die sich überdies in normativen Tatbestandselementen sinnfällig ausdrückt, Schlüsse für das Verhältnis zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit gezogen und die Verbindung zu einem materiell bestimmten Rechtswidrigkeitsbegriff hergestellt hat (Anm. 218), brach Rittler die wertbezogene Untersuchung gleichsam vor der Prüfung der Tatbestandsmäßigkeit ab und nahm sie auch nicht bei der Bestimmung der Rechtswidrigkeit wieder auf.

Der Grund, weswegen der Versuch bestraft wird - wegen der von der Tat ausgehenden Gefahr für bestimmte Rechtsgüter - wurde von der Frage, wann der Versuch zu bestrafen ist, wann eine Handlung als tatbestandsmäßig und rechtswidrig anzusehen ist, getrennt. Hierin ist die Erklärung für die formale Bestimmung der Ausführungshandlung und den Rückgriff auf die Lehre vom Mangel am Tatbestand ebenso zu finden, wie für das von Rittler in Kauf genommene Ergebnis, daß bestimmte, seiner Ansicht nach nicht tatbestandsmäßige Handlungen straffrei bleiben sollten, obwohl sie je nach Lage des Falls als gefährlich anzusehen waren.

Die Lehre Rittlers teilte die Schwierigkeiten jeder objektiven Versuchslehre, die bei der Typisierung der Ausführungshandlung entstehen. Ursprünglich versuchte Rittler den in den Strafgesetzen gebrauchten Formulierungen unmittelbar diese Typisierungen zu entnehmen, indem er den Ausdrücken, die ein bestimmtes Geschehen umschrieben, eine Doppelbedeutung beilegte und neben der Verursachung auch das Handeln an sich sah (Anm.219). Daß ein

218. Mezger Traeger Festschrift S.190 ff, Sauer Grundlagen des Strafrechts S.339.

219. vergl. oben Zitat Anm.212.

Handeln jedoch nicht als "töten" bezeichnet werden konnte, wenn der Tod nicht eintrat, war kaum zu leugnen, zumal kein objektives Anzeichen der Tat denkbar ist, daß den versehentlich in die Luft gefeuerten Schuß als Tötungshandlung und nicht als Körperverletzungshandlung oder umgekehrt identifiziert (Anm.220).

Rittler hat diesen Versuch der Typisierung später nicht weiter verfolgt. Aber auch die an die Stelle getretene Lehre vom Mangel am Tatbestand konnte das Problem der Typisierung der Ausführungshandlung nicht ohne weiteres lösen. Schon aus dem Namen der Lehre geht hervor, daß mit ihrer Hilfe -negativ - bestimmte Verhaltensweisen als nichttatbestandsmäßig ausgeklammert werden können, daß sie aber keine Anleitung zur Bestimmung der Tatbestandsmäßigkeit selbst gibt. Zu Dohna hatte diese Eigenart seiner Theorie erkannt (Anm.221) und die Notwendigkeit gesehen, die Lehre vom Mangel am Tatbestand mit einer auf eigenen Füßen stehenden Versuchslehre zu verbinden. Rittler dagegen verknüpfte die Lehre vom Mangel am Tatbestand mit einer objektiven Versuchslehre, als ob sich dies von selbst verstünde und glaubte sich der Aufgabe enthoben, die er sich ursprünglich mit der Typisierung der Ausführungshandlung gestellt hatte, und die er letztlich nur durch die Aufnahme subjektiver Unrechtselemente - beim Versuch in Gestalt des Verbrechensentschlusses - hätte bewältigen können.

220. Streng genommen ist bei ausschließlicher Orientierung am äußeren Erscheinungsbild der Tat nicht einmal die Vollendung vom Versuch mit Sicherheit zu unterscheiden. Auch kann die Qualifizierung einer Tat nach dem äußeren Sachverhalt ganz voreilig sein - sie ist es in der Regel. Schießt jemand einen Gegenüber eine Kugel in den Bauch, ist das "objektiv" eine Körperverletzung. Wer aber könnte ausschließen, daß es ebenso "tendenziell" eine Tötungshandlung ohne Tötungsabsicht ist?

221. Vergl. oben S. 34 ff., 37, vergl. zu Dohna: Der Aufbau der Verbrechenslehre S. 7: "Es ist schon ein Fehler, den Mangel am Tatbestand als Versuch anzusehen...."

Die Frage, ob die Gründe, welche Rittler zur Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente bewegt haben, wirklich durchschlagen, soll nicht nochmals aufgegriffen werden. Siverts hat diese Lehre zusammenfassend dargestellt (Anm.222) und Engisch hat sich eigens mit den Rittlerschen Theorien vom Verbrechensaufbau auseinandergesetzt (Anm.223). Die Ansicht Rittlers jedoch, mehrdeutige Handlungen erlangten ihren eindeutigen rechtlichen Wert- oder Unwertgehalt durch die in ihnen enthaltene " potentielle" Kausalität (Anm.224) kann nur als Rückfall in eine Vorstellungswelt bezeichnet werden, die mit der Diskussion um den Begriff der Adaequanz zu Ende gegangen war. Engisch hat zwar den Begriff der potentiellen Kausalität , wie in Rittler gebraucht hat, als erfahrungsgemäße Tendenz gedeutet (Anm. 225) und ihn damit dem pseudowissenschaftlichen Denken entfernt, doch auch wenn man dieser Deutung folgt, ist mit potentieller Kausalität noch nicht die Gefährlichkeit einer Handlung bezeichnet. Letztere läßt sich nur von Fall zu Fall entscheiden, während sich hinter dem Ausdruck der potentiellen Kausalität die Vorstellung verbirgt, bestimmte Tendenzen seien einem Handeln stets immanent. Daß Rittler dieser Vorstellung anhing, von der Engisch zutreffend bemerkte, daß "beim Versuch .... diese Tendenz weder erforderlich noch genügend" sei, " um die Strafbarkeit zu begründen", da sie beim untauglichen Versuch fehle und beim " gefährlichen Versuch den verbrecherischen Wille doch nicht " ersetze, "wo dieser die Gefährlichkeit mi begründet " (Anm.226) geht aus der von Rittler befürworteten Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch deutlich hervor.

- 222. Sieverts: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht.
- 223. Engisch in Festschrift für Rittler 1957 S.165 ff, 170 ff.
- 224. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 112.
- 225. Engisch Festschrift für Rittler S. 179.
- 226. Engisch Festschrift für Rittler S.179.



Diese Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch diene Rittler zur Kennzeichnung des Mangels am Tatbestand (Anm.227), und es scheint, als hätte Rittler durch diese Verbindung von objektiver Versuchslehre und der Theorie vom Mangel am Tatbestand den positivistischen Ansatz wieder verlassen, denn wenn die Lehre vom Mangel am Tatbestand auch verlangt, daß ein Versuch straflos bleibt, der mit Mitteln unternommen worden ist, welche bestimmten, im Gesetz genannten Qualifikationen nicht entsprechen, so heißt das eben nicht, daß jedes Handeln mit "untauglichen" Mitteln einem Handeln den Charakter des Versuchs nehme.

In Österreich enthält der den Versuch betreffende § 8 StG indessen das unglückliche Wort "wirkliche Ausübung", welches von Rittler dahin ausgelegt wurde, daß die Versuchshandlung eine bestimmte, von der Vorstellung des Täters unabhängige Eigenschaft, eben die Tauglichkeit, aufzuweisen habe, welches Mittel im einzelnen Fall tauglich sei, versuchte Rittler ganz im Sinne der Rechtsprechung nach der Formel festzustellen, absolut untauglich sei das Mittel, mit dem "ein Erfolg der vom Täter erstrebten Art überhaupt nicht erreicht werden kann" (Anm.228). Ein Sprengungsversuch etwa, der mit einem Mittel unternommen werde, das überhaupt keine Sprengkraft habe, dürfe daher nicht als Versuch, sondern müsse als Fall vom Mangel am Tatbestand gewertet werden (Anm.229). Ebenso ordnete Rittler jeden Anschlag auf ein fehlendes Objekt - z.B. den Schuß auf einen Baumstrunk, den "Diebstahl" an der eigenen Sache (Anm.230) den Versuch am absolut untauglichen Objekt und den Versuch des untauglichen Subjekts unter die Fülle des Mangels am Tatbestand ein.

227. Rittler LB AT 2.Aufl. S.257 ff.

228. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 258.

229. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 257.

230. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 257.

Hat sich durch die Betonung der Formulierung "wirkliche Ausübung" in § 6 StG der Unterschied von tauglichem Versuch und Mangel am Tatbestand bei Rittler verwischt, soweit es die Begründung der Strafbarkeit eines Verhaltens betrifft, tritt er bei der Frage der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung stärker hervor. Rittler lehnte die subjektive Abgrenzungsformel des OGH ab (Anm. 231) und bekannte sich zu einer Abgrenzung nach objektiven Gesichtspunkten.

Seiner Ansicht nach konnte nur eine solche Handlung als Versuch angesehen werden, "die unmittelbar dem Tatbild dieses Verbrechens entspricht, die dem Tatbildkern angehört, also eine Handlung, die, für sich betrachtet, allein ins Auge gefaßt, der Beschreibung genügt, die das anzuwendende Strafgesetz entwirft!" (Anm. 232) Dies scheint der formal objektiven Abgrenzungstheorie zu entsprechen. Rittler wollte sich jedoch nicht in diesem Sinne verstanden wissen, sondern berief sich auf die Frank'sche Formel (Anm. 233), die bekanntlich auch alle die Tätigkeitsakte als Ausführungshandlungen behandelt, "die vermöge ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tatbestandshandlung für die natürliche Auffassung als deren Bestandteile erscheinen" (Anm. 234).

In bestimmten Fällen verließ Rittler jedoch diesen eher an materiellen Gesichtspunkten orientierten Standpunkt und erkannte bei Delikten mit "gesetzlich geschlossenen Mitteln", d.h. mit Mitteln, die ihrer Art nach im Gesetz besonders bezeichnet waren, ganz im Sinne der Lehre vom Mangel am Tatbestand nur dann eine Ausführungshandlung an, wenn der Täter diese Mittel bereits angewandt hatte (Anm. 235).

**231. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 262**

232. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 263 f aaO. heißt es weiter: "Dagegen scheiden alle Handlungen aus, die nur vermögens ihres Zusammenhangs mit einer anderen, unmittelbar dem Typus entsprechenden Handlung unter das Tatbild bezogen werden können...."

233. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 264.

234. Frank StGB § 43 Anm. II/26

235. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 265

Den - fehlenden - Rücktritt vom Versuch rechnete er nicht zu den (negativen) Tatbestandsmerkmalen, da er in Übereinstimmung mit der deutschen Strafrechtslehre der Ansicht war, daß mit der Ausführungshandlung das im Versuch liegende Unrecht bereits voll verwirklicht sei und daß dementsprechend der Tatbestand, der das Unrecht in-dizierte, nicht auf die Umschreibung eines Geschehens, das das Unrecht einer Tat nicht berühre, ja nicht einmal mit der Tat eine Einheit bilde (Anm.236) erstreckt werden dürfe. Der freiwillige Rücktritt vom unbeendigten Versuch, der in der freiwilligen Aufgabe der weiteren Tatausführung und vom beendeten Versuch, der im Abwenden eines möglichen Erfolgs-eintritts zu erblicken sei, wirke nur persönlich strafbefreiend. Die Rechtfertigung für diese Befreiung von der Strafe müsse in kriminalpolitischen Gründen, insbesondere in der Theorie von der goldenen Brücke gefunden werden (Anm.237). Bei der Frage, wann ein Rücktritt als freiwillig zu werten sei, lehnte Rittler die Prüfung der Beweggründe des Täters auf ihre moralische Hochwertigkeit ab und schloß sich der Frank'schen Formel an, nach der der Rücktritt freiwillig ist, wenn sich der Täter sagt, daß er ans Ziel kommen könnte, wenn er nur wollte (Anm.238).

Rittler hat seine Lehre zu einem nicht geringen Teil in der direkten Auseinandersetzung mit den Auffassungen Kadeckas entwickelt (Anm.239), der eine subjektive Versuchslehre vertrat, sich im übrigen jedoch ebenso wie Rittler auf Beling berief.

236. Rittler LB AT 2. Aufl. S. 267

237. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 268.

238. Rittler LB AT 2.Aufl. S. 267

239. Die Aufsätze Rittlers in Mon.Schr.krim. 19 (1927)/520 und JBl. 1934/1 sind Entgegnungen auf die Aufsätze Kadeckas in Mon.Schr.krim. 19 (1927)/129 und JBl. 1933/445 ff.

## 2. Die Lehre Kadečka

Kadečka hatte eine Ausführungshandlung und damit einen objektiven Tatbestand des Versuchs schlechthin geleugnet und diese Ansicht mit den bekannten Argumenten gegen die Vorstellung des "crimen in itinere" begründet (Anm.240). Darüber hinaus warf er aber den Objektivisten eine Scheinsubsumtion vor, die nur dadurch möglich werde, daß infolge einer willkürlichen Abstraktion vom konkreten Geschehen der Unter- auf den Obersatz abgestimmt werde : So wie aus dem konkreten Sachverhalt eine typische, erfolversprechende Handlung herauskristallisiert werde, werde der Tatbestand auf typische Handlungen verengt; die Subsumtion könne danach nur noch in einem Zirkelschluß bestehen.

Statt dieser Selbsttäuschung zum Opfer zu fallen, müsse man erkennen, so forderte Kadečka , daß beim Versuch "nicht die Art der Handlung, sondern der sie beseelende Wille " entscheidend sei (Anm.241), woraus gefolgert werden müsse, daß der Begriff der Ausführungshandlung weder bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch dienlich sein könne (Anm.242) noch bei der Unterscheidung zwischen strafbarem und straflosem Versuch. "Unbefangen betrachtet "ist nach Kadečka " eine Handlung , durch die ein Verbrechen bloß versucht und nicht vollendet worden ist, niemals eine Handlung, die dem Tatbestand des versuchten Verbrechens entspricht", ja sie brauche " nicht einmal eine rechtswidrige Handlung zu sein". Es genüge " zur Strafbarkeit, daß tatbestandsmäßig und rechtswidrig das ist, was der Täter bewirken w o l l t e " (Anm.243).

240. Kadečka JBl. 1933/445

241. Kadečka JBl 1933/446 und JBl. 1933/356. "Die objektive Lehre glaubt, die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs dadurch zu retten, daß sie gewisse Handlungen, deren objektives Kriterium ihr Geheimnis bleiben wird, aufgrund ganz willkürlicher mit frei erfundenen Zwischentypen operierenden Generalisierungen "typische Ausführungshandlungen" nennt, obwohl das Verbrechen damit nicht ausgeführt worden ist oder "Tötungshandlungen", obwohl sie nicht getötet haben".

242. Kadečka JBl. 1933/447

243. Kadečka JBl 1933/449

Ohne bereits an dieser Stelle die dogmatischen Grundlagen der Thesen Kadečka eingehender zu untersuchen, kann festgehalten werden, daß Kadečka an einem objektiven Tatbestands- und Rechtswidrigkeitsbegriff festhielt und subjektive Unrechtselemente ablehnte.

Mit der Ablehnung der objektiven Versuchstheorie (Anm.244) hatte Kadečka allerdings seine subjektive Lehre nicht zureichend begründet. Anfangs glaubte er, diese Begründung aus dem Unterschied zwischen Wünschen und Wollen entnehmen zu können. Offenbar beeinflusst von der Lehre vom Mangel am Tatbestand, die ebenfalls die Beziehung des Täters zu seinem Tatziel näher untersucht und ein "Wollen" hinsichtlich aller begleitenden Umstände geleugnet hatte, lehnte Kadečka überhaupt die Möglichkeit ab, von einem Wollen des Täters im Hinblick auf bestimmte gegenwärtige oder zukünftige Zustände zu sprechen, ohne an der von der Lehre vom Mangel am Tatbestand getroffenen Unterscheidung zwischen begleitenden Umständen und Erfolg festzuhalten. Für maßgeblich hielt Kadečka dagegen, ob der Täter den Erfolg, den er anstrebte, gewünscht hat. Fehle es an diesem Wunsch, scheide Versuch aus. So mache sich der Witwer, der in dem Glauben, noch verheiratet zu sein, eine zweite Ehe schließt, nicht der versuchten Bigamie schuldig, da ihm das, was hier zum Tatbestand fehlt, das Bestehen der ersten Ehe " ihm durchaus unerwünscht" sei (Anm.245). Nicht anders müsse die eingebildete Schwangere, der die Schwangerschaft unerwünscht sei,

244. Die Unterscheidung zwischen nomologischem und ontologischem Irrtum lehnte Kadečka (Mon.Schr.krim. 19(1927)/132) als undurchführbar und dem Rechtsgefühl widersprechend ab. Gegen die Unterscheidung von Versuch und Mangel am Tatbestand brachte er vor, was nach dieser Theorie für die begleitenden Umstände gelte - daß sie nicht Gegenstand des Wollens sein könnten-, gelte nicht anders auch für den Erfolg, da man auch den Erfolg als fait accompli nicht "wollen" könne (aaO. S. 133); im übrigen sei der vorstrafrechtliche Begriff der Vollendung einer Tat, wie ihm die Lehre vom Mangel am Tatbestand etwa mit Blick auf den Diebstahl der eigenen Sache gebildet habe, unhaltbar, da über die Vollendung nur im Hinblick auf den gesetzlichen Tatbestand gesprochen werden könne, Vollendung also nichts anderes als dessen Erfüllung bedeute (aaO S.134).

245. Kadečka Mon.Schr.krim. 19(1927)/137.



straffrei bleiben, wenn sie die imaginäre Schwangerschaft abzutreiben versuche und schließlich sei der Schuß auf die Leiche kein Totschlagsversuch, da sich der Täter regelmäßig freue, wenn der Feind bereits tot sei. (Anm. 246)

Die Mängel dieser Konzeption liegen offen auf der Hand und Kadečka hat nicht lange gezögert, sich von seiner ursprünglichen Theorie zu entfernen. Abgesehen davon, daß Kadečka eine echte Rechtfertigung für seine psychologisierende Betrachtungsweise nicht gegeben hatte, konnte nicht verborgen bleiben, daß die Ergebnisse seiner Lehre in nicht geringem Maße auf Fiktionen beruhten. In der Regel fehlt eine affektive Beziehung des Täters zu bestimmten Tatumständen. Es gilt regelmäßig dann, wenn der Täter sich des Vorliegens der fraglichen Tatumstände gewiß ist (Anm. 247).

Vor allem aber widersprachen die Konsequenzen von Kadečkas Theorie der Strafwürdigkeit einer großen Zahl von Fällen. Daß der Gedanke der Nichtschwangeren "ach wäre ich doch nicht schwanger" über die Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs entscheiden soll, ist ebensowenig einzusehen, wie die Folgen aus den Thesen Kadečkas, daß die Art, wie ein zum Totschlag Entschlossener sein noch lebendig geglaubtes Opfer zu Tode bringen will, über die Wertung eines Geschehens als Versuch oder Nichtversuch entscheiden soll. Schließlich kann der Betrachtungsweise Kadečkas der Vorwurf nicht erspart bleiben, daß sie dem zur Straffreiheit verhilft, der nicht bestraft zu werden wünscht und (deshalb) ein gebrochenes Verhältnis zu seiner Tat entwickelt. Jedenfalls hätte Kadečka konsequenterweise alle die Täter für straflos erklären müssen, die ein tatsächlich fehlen-

246. Kadečka Mon.Schr.krim. 19(1927)/138; im letztgenannten Fall sei allerdings anders zu entscheiden, wenn der Täter das Opfer durch einen langsamen Tod quälen will.

247. So bereits Rittler in seiner Entgegnung Mon.Sch.krim.19(1927)/523.

des Objekt vernichten, beseitigen oder schädigen wollten (Mord, Körperverletzung, Sachbeschädigung etc.) während nur die zu bestrafen wären, die das Tatobjekt erlangen oder genießen wollen (Diebstahl, Entführung, Notzucht) (Anm.248).

Wenn auch Kadečka der subjektiven Tatseite weiterhin besondere Aufmerksamkeit widmete, ist er doch angesichts dieser Ergebnisse auf die Unterscheidung von Wollen und Wünschen als Grundlage einer Versuchslehre nicht zurückgekommen. Interessanterweise hat er aber auch die in Deutschland gebräuchliche Argumentation "von der Norm" aus nur zögernd und quasi nebenbei aufgegriffen. Dies verwundert umsomehr, als Hold von Ferneck nur einige Jahre vorher, die Schlußfolgerungen der Imperativen-Theorie in einer besonderen Arbeit über den Versuch gezogen hatte (Anm.249). Kadečka verwies lediglich auf Binding, der in seinen Augen von einer Wesensgleichheit von Versuch und Vollendung ausgegangen sei und daher die Norm als Bewirkungsverbot unterschiedslos auf beide bezogen habe.(Anm.250) Den Grund der Imperativen-Theorie hatte Kadečka jedoch im Kern verkannt. Dies geht deutlich aus dem später von ihm vorgebrachten Argument hervor, der rechtmäßige Zustand der Rechtsgüter werde durch den untauglichen Versuch nicht berührt, und es sei daher sinnlos, ein Gesetz zu schaffen, daß den untauglichen Versuch verbiete, wohingegen die Bestrafung des untauglichen Versuchs durchaus sinnvoll erscheine (Anm.251). Daß indessen das Verbot einen Er-

248. Rittler Mon.Schr.krim.19(1927)/524.

249. Hold v.Ferneck Der Versuch 1922. Dort heißt es auf S.12:" Die Frage nach dem besonderen Grund des Verbotenseins und der Strafbarkeit des Versuchs darf deshalb nicht gestellt werden, weil der Versuch nicht ein eigenes Rechtsinstitut neben der Vollendung darstellt. Die Norm, das Gesetz kann nicht die Vollendung, den Erfolg verbieten und den Versuch erlauben.Denn es ist undenkbar anzunehmen, daß man von Rechts wegen versuchen darf, einen rechtlich verpönten Erfolg herbeizuführen. Ja, der Erfolg ist streng genommen überhaupt nicht verboten. Das Recht kann den Erfolg nicht verbieten, weil er die Handlung des Täters nicht zur einzigen Bedingung hat"...."Man darf daher nicht zwei Normen konstruieren, deren eine die Vollendung, deren andere den Versuch verbietet, sondern nur eine Norm und zwar eine Versuchsnorm"...."Und deshalb ist die Frage nach dem besonderen Wesen des Versuchs eine unberechtigte und sind die Antworten die die besten Theorien darauf erteilen("vergegenständlicher Wille"- "Gefährdung")Antworten auf ein Scheinproblem."

250. Kadečka Mon.Schr.krim. 19 (1927)/S.138 Anm.2 Hinweis auf Binding Normen III/441 ff und S.139.

251. Kadečka ZStW 59/9

folg zu bewirken, also auch einen untauglichen Versuch zu ver-  
üben, nicht Inhalt ein-er Norm sein kann, daß der Norminhalt  
anders zu deuten sei und daß folglich Eintritt oder Nichtein-  
tritt des Erfolgs über das Normwidrige des Verhaltens nicht  
entscheide, war gerade der Standpunkt der Imperativentheorie.

Kadečka, der im Versuch weder eine Rechtsgutsverletzung sah -  
die Diskussion um das Wesen des Rechtsguts und seine Verletz-  
barkeit während der Epoche des Positivismus in Deutschland war  
in Österreich ohne erkennbare Resonanz geblieben - noch eine  
Normwidrigkeit anerkennen wollte, hatte sich damit gleichsam  
zwischen alle Stühle gesetzt und sah sich, nachdem auch eine  
"psychologische "Begründung der Strafbarkeit des Versuchs fehl-  
geschlagen war, gezwungen, die Strafbarkeit des Versuchs rechts-  
politisch zu untermauern.

Der rechtspolitische Grund für die Strafbarkeit eines jeden  
Versuchs ( mit einer sogleich zu berührenden Ausnahme) konnte  
aber nur in der Gefährlichkeit des Täters liegen. Den ersten  
Schritt in dieser Richtung tat Kadečka, als er den abergläu-  
bischen Versuch von der Bestrafung ausnahm, da der Täter in  
diesem Fall nicht gefährlich sei (Anm.252). Diesen Gedanken  
verallgemeinerte Kadečka später in der Weise, daß er die  
"Schädlichkeit" des Täters schlechthin für den Grund der Strafen

252. Kadečka Mon.Schr.krim. 19 (1927)/140. Es handelt sich  
um den Aufsatz, in dem Kadečka den Gegensatz von Willen  
und Wünschen für die Versuchsdogmatik fruchtbar machen  
wollte. Eigenartigerweise bediente er sich dieser Unter-  
scheidung jedoch gerade nicht zur Lösung des Problems,  
das gemeinhin auf diese Weise (Frank § 43 Anm.III,  
v.Liszt-Schmidt AT 26.Aufl. S.311 Fußn. 2) gelöst zu  
werden pflegt.

und Maßregeln ausgab (ohne sich dabei zu fragen, weswegen zwischen Strafen und Maßregeln dann noch ein Unterschied zu machen sei) (Anm.253). Da die Schädlichkeit des Täters sich bei der vollendeten Tat ebenso zeige wie beim Versuch - gleichgültig, wie sehr der Täter seine Ziele verfehlt habe - befürwortete Kadečka auch eine unterschiedslose Bestrafung von Versuch - zumindest wenn dieser beendet ist - und Vollendung (Anm.254). Eine Milderbestrafung des Versuchs lehnte er als (negative) "verkappte Zufallshaftung" ab, wobei er dem auch in Österreich geäußerten Argument, (Anm.255), eine über das Maß der Schuld hinaus greifende Strafe zu verhängen, sei zwar unzulässig, erlaubt sei indessen, eine mildere Strafe auszuwerfen, entgegenhielt, daß in diesem Fall der Eintritt des Erfolgs umgekehrt als Strafschärfungsgrund betrachtet werden müsse und deshalb der Täter nicht mit der Verantwortung für den, vom Willen des Täters und seinem Wert unabhängigen Eintritt des Erfolgs belastet werde (Anm.256).

253. Kadečka SchZStrR 50 (1936)/343 ff S.360 f: "Die symptomatische Verbrechensauffassung sowohl wie die Umdeutung der Schuld zur Charakterschuld, die Umdeutung des Vorwurfs, der dem Täter gemacht wird, aus einem Tadel für das, was er getan hat, in einen Tadel für das, was er ist, der abgedroschen und doch immer noch nicht ausgeschöpfte Gedanke, daß nicht die Tat, sondern der Täter zu bestrafen sei: Sie alle beruhen auf der Erkenntnis, daß der Grund der Strafe nicht in dem Entschluß zur einzelnen Tat zu suchen ist, sondern in der bleibenden Eigenschaft des Täters, die sich in der Tat enthüllt, und nicht in operari mit Schopenhauer zu reden, sondern in esse, in der feindlichen oder doch gleichgültigen Einstellung des Täters zur Rechtsordnung und zu den Interessen seiner Mitmenschen in seiner durch die Tat geoffenbarten sozialen Umwertigkeit, in seiner Gefährlichkeit für die Rechtsordnung und seine Mitmenschen oder, wie wir vielleicht besser sagen können, weil damit der Blick nicht ausschließlich auf die Zukunft gelenkt und die begangene Tat damit nicht aus den Augen verloren wird, in seiner Schädlichkeit". Ferner S.363 "Wir fragen nicht mehr, ob das innere Verhalten des Täters irgendwelchen dafür geltenden oder supponierten Normen - das Wort im Sinne von Gebot gebraucht - entsprochen oder widersprochen hat, sondern ob er auf bestimmte Lebenslagen normal oder abnorm reagiert".
254. Kadečka "Verkappte Zufallshaftung" Mon.Schr.krim 22 (1931)/65, differenziert für die Fälle des unbeendeten Versuchs.
255. Storch Österr.Zeitschr.f.StrafR 2 (1912) /1 ff, der ausdrücklich auch bei beendigem Versuch für milde Bestrafung eintritt, (S.30): "Keine Strafe ohne Verschulden, wohl aber Verschulden ohne Strafe" (S.7). Mit dem lapidaren Hinweis auf ein Gebot der Gerechtigkeit, wie er von Kadečka gebraucht wurde (Mon.Schr. krim. 22(1931)/67), läßt sich die Frage, ob die Schuld nicht nur notwendige, sondern auch hinreichende, gleichsam gebietende Voraussetzung der Bestrafung ist, nicht beantworten.



Aufbauend auf diese rechtspolitische Begründung der subjektiven Versuchslehre ging es für Kadečka darum, seine Theorie dogmatisch zu untermauern und in ein Verbrechenssystem einzuordnen. Er wählte dafür jedoch nicht, wie nach den geschilderten rechtspolitischen Ansichten zu erwarten gewesen wäre, - die symptomatische Verbrechensauffassung zum Ausgangspunkt, er schloß sich auch den Theorien vom normativen Tätertyp nicht an, sondern übernahm die Verbrechenslehre Belings (Anm.257). Deren Errungenschaften, insbesondere die Heraushebung des Tatbestandsbegriffs als eigenständigem Element im Deliktsaufbau und die Zuteilung der objektiven Verbrechensmerkmale zur Rechtswidrigkeit und der subjektiven Verbrechensmerkmale zur Schuld, eigneten sich freilich kaum als Gerüst einer subjektiven Verbrechensauffassung. Eine Tatbestandlichkeit von Versuchshandlungen festzustellen, fällt naturgemäß schwer, wenn die Tatbestände mit Blick auf das vollendete Delikt formuliert worden sind. Demgemäß wird der beim Versuch eine objektiv erkennbaren Rechtswidrigkeit leugnen müssen, der im Verbrechensentschluß das eigentlich strafwürdige Element des Versuchs sieht.

Streng genommen entsprach nicht einmal der Schuldbegriff des klassischen Verbrechensbegriffs der Konzeption Kadečkas. Abgesehen davon, daß die Orientierung an der Täterpersönlichkeit den Rahmen eines Tatstrafrechts sprengte, war der rechtspolitische Standpunkt Kadečkas nur mit Einschränkungen ein subjektiver: Kadečka plädierte nämlich für eine Objektivierung der Schuldmaßstäbe (Anm.258), indem er an das Verhalten eines Delinquenten

256. Kadečka Mon.Schr.krim. 22(1931)/67. In Deutschland hatte sich seinerzeit vor allem Goldschmidt ("Die Lehre vom unbeendigten und beendigten Versuch straf.Abhandlungen 7 (1897)S. 70) im Sinne Kadečkas geäußert.

257. Ausdrücklich etwa in ZStW 59/1 ff.

258. Kaděčka Schw.Zeitschr.StrafR. 50/362 ff " Nicht darauf soll es mehr ankommen, ob der Täter die Sorgfalt angewendet hat, zu der er persönlich fähig war, sondern bloß darauf, ob er die Sorgfalt angewendet hat, die in der gleichen Lage ein rechtschaffener und gewissenhafter Mensch angewandt hätte - .... " ... " Und nicht danach wollen wir mehr fragen, ob dem Täter in der Bedrängnis ein anderes Verhalten zuzumuten war, sondern allein danach, ob in dieser Situation einem rechtschaffenen und gewissenhaften Menschen ein anderes Verhalten zuzumuten war. Nicht ob der Täter anders handeln konnte, soll über sein Schicksal entscheiden, sondern ob ein rechtschaffener und gewissenhafter Mensch anders gehandelt hätte".



auch unter dem Gesichtspunkt der Schuld den Maßstab des imaginären gewissenhaften Durchschnittsmenschen anlegte.

Von einer psychologischen Betrachtungsweise waren zwar unter Führung von Frank (Anm.259) und Goldschmidt (Anm.260) auch die Vertreter des klassischen Verbrechensbegriffs abgekommen, die Lehre vom normativen Schuldbegriff darf indessen mit der Lehre Kadečkas, die auf einen entpersonalisierten Schuldbegriff hinausläuft, nicht verwechselt werden. Während Frank und die ihm folgenden Autoren nicht daran dachten, einem Täter ein Verhalten zur Last zu legen, für das er " nichts konnte" (Anm.261), befürwortete Kadečka gerade diese Konsequenz. Auf Beling konnte er sich dabei nicht berufen, denn dessen Verbrechensaufbau ordnete normative Elemente nur der Rechtswidrigkeit zu und definierte die Schuld als deskriptiv subjektives Merkmal, wie er die Tatbestandsmäßigkeit als deskriptiv objektives Verbrechensmerkmal verstand (Anm.262). Dem gegenüber war der Schuldbegriff Kadečkas nicht allein entpersonalisiert, sondern in einer Weise normativ, daß eine Trennung zwischen Unrecht und Schuld überhaupt unmöglich wurde (Anm. 263) - eine Folge, die den Thesen Belings offensichtlich widersprach.

Die Anknüpfung an Belings Verbrechenssystem blieb damit auf Punkte beschränkt, die gerade in der Versuchsdogmatik zu Konflik-

259. Frank Aufbau des Schuldbegriffs bs. S. 11.

260. Goldschmidt Frank Festgabe I S.431 ff, weitere Nachweise bei Jescheck LB S. 144, 273 f, 276.

261. Anlaß für die Entwicklung des normativen Schuldbegriffs war gerade das Unvermögen der psychologisierenden Betrachtungsweise, die Taten eines vorsätzlich handelnden Geisteskranken richtig einzuordnen.

262. Radbruch - Festgabe für Frank I/S. 163 bemerkte hierzu zutreffend, daß diese Unterscheidung durch die Entdeckung normativer Tatbestandselemente und deskriptiver Elemente der Rechtswidrigkeit ebenso wie durch die Entwicklung des normativen Schuldbegriffs fragwürdig geworden war, da sich die Grenzen zwischen Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit sowie zwischen Rechtswidrigkeit und Schuld verwischt hatten.

263. Der Schuldbegriff Kadečkas<sup>ent-</sup> spricht recht genau dem Begriff der objektiven Sorgfaltspflicht als der Grundlage des Unrechtsurteils (- Handlungsunrecht) beim Fahrlässigkeitsdelikt, wie er etwa von Jescheck vertreten wird (LB S. 382 ff).

ten führen mußten: Auf den (wertfreien) Begriff der Tatbestandsmäßigkeit (Anm. 264) und den (objektiven) Begriff der Rechtswidrigkeit. Kadečka löste diesen Konflikt kurzerhand in der Weise, daß er die Tatbestandsmäßigkeit und die Rechtswidrigkeit eines Versuchs leugnete (Anm. 265). Diese Lösung fordert allerdings die Frage heraus, welchen Wert ein auf den Begriffen der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit aufbauendes Verbrechenssystem für Kadečka besaß, wenn er es für möglich und erforderlich hielt, die Anforderungen des Systems in den seiner Ansicht nach rechtspolitisch besonders aufschlußreichen Versuchsfällen zu übergehen.

Auf diese Frage läßt sich nur eine Antwort geben, die eher die Beweggründe Kadečkas und die geistigen Grundlagen seiner Theorien aufheilt als Gründe für die Sachgemäßheit und Vernünftigkeit seiner Lehre angibt. Während in Deutschland sich die Versuchslehre neuorientierte und an die Stelle des positivistischen Systems ein teleologisches trat, wobei das naturwissenschaftliche Denken durch eine auf die eigenen Ziele und Werte ausgerichtete, spezifisch juristische Methode abgelöst wurde, blieb in Österreich die Entwicklung beim Positivismus stehen (Anm. 266). Der Tatbestand wurde weiterhin als gleichsam technischer Baustein im System des Verbrechenaufbau verstanden, ohne zu fragen, welcher hinter der Positivität der Normen sich verbergender Zusammenhang zwischen den Tatbeständen und der Rechtswidrigkeit bestand, welchen "Sinn" die Tatbestände hatten.

264. Kadečka leugnete die unrechtsindizierende Funktion des Tatbestandes wie Beling.

265. Kadečka JBl 1933/356, JBl 1933/447, ZStW 59/9, gesammelte Aufsätze S. 28.

266. Ebenso Jescheck ZStW 73/190 ff.

Ebenso nahm man den Begriff der Rechtswidrigkeit nur als Ausdruck für den objektiven Widerspruch eines Verhaltens mit der Rechtsordnung und damit für eine notwendige Voraussetzung der Strafbarkeit. Die Vorteile, die diese Betrachtungsweise bei der Subsumtion eines Geschehens unter ein Strafgesetz bietet, wurden offenbar höher eingeschätzt, als die Orientierung an den den gesetzlichen Bestimmungen zugrundeliegenden Werten und Sinnzusammenhängen.

Es soll kein Urteil darüber gefällt werden, ob es "richtig" war, an der Beling'schen Systematik festzuhalten. Sicher ist indessen, daß sich zumindest unbemerkt Modifikationen ergeben mußten, wenn im Einzelfall Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit doch nicht mehr als Voraussetzungen für die Verhängung einer Strafe angesehen wurden. Die Rechtswidrigkeit mußte mehr noch als bei Beling formalisiert werden. Sollte die Bestrafung eines Verhaltens trotz fehlender Rechtswidrigkeit möglich sein, konnte die Rechtswidrigkeit nicht als eine Bezeichnung begriffen werden, die den Kern der Strafwürdigkeit betraf. Anders als Schwinge, der die einzelnen Begriffe des Verbrechensaufbaus gleichfalls ihres materiellen Inhalts entkleidete und in ihnen nur noch methodische Wegzeichen bei der Prüfung eines Verhaltens auf seine Strafbarkeit hin sehen wollte (Anm.267), ließ Kadeřka deshalb den Begriff der Rechtswidrigkeit auf einen bloß formalen Begriff zusammenschrumpfen, der nicht mehr unabdingbare Voraussetzung der Strafbarkeit war.

Da es nicht Sache des Strafrechts sei, das Recht vom Unrecht zu trennen, da seine Aufgabe vielmehr darin liege, strafbares Unrecht von straflosem Unrecht zu unterscheiden, könne der Begriff der Rechtswidrigkeit nur aus dem der Strafbarkeit entwickelt werden. Wenn rechtswidrig sei, was vom Gesetzgeber miß-

267. Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht S.22 ff, 59 ff, Schwinge - Zimmerl Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken S.62 ff.

illigt werde, weil es mit Strafe bedroht sei, habe das "Merkmal der Rechtswidrigkeit überhaupt keine selbständige Bedeutung mehr" (Anm. 268). Das herkömmliche Verständnis vom Verhältnis zwischen Rechtswidrigkeit und Strafbarkeit wurde dadurch umgekehrt. Kadečka hat dies wie folgt formuliert: " Die Rechtswidrigkeit ist kein Merkmal der strafbaren Handlung mehr, sondern - für das Gebiet des Strafrechts - mit der Strafbarkeit identisch. Nicht die Rechtswidrigkeit macht mehr die Handlung zur strafbaren, sondern umgekehrt die Strafbarkeit macht sie zur rechtswidrigen" (Anm.269). In diesem Sinne war auch der " nicht rechtswidrige und nicht tatbestandsmäßige " Versuch rechtswidrig. Damit standen zwei, genauer sogar drei Begriffe des Unrechts bzw. der Rechtswidrigkeit nebeneinander : 1.) Das Unrecht " vor " dem Gesetz, d.h. das Unrecht, innerhalb dessen das Strafgesetz zwischen dem strafbaren und straflosem Unrecht unterscheidet, 2.) die Rechtswidrigkeit als Synonym für Strafbarkeit und 3.) die Rechtswidrigkeit als Begriff der Rechtsgutsverletzung, die in dem Versuch fehlt.

Das Verhältnis dieser Rechtswidrigkeitsbegriffe zueinander hat Kadečka ebensowenig geklärt, wie er deren Bedeutung innerhalb seiner Lehre vom Verbrechen klargestellt hat. Jedenfalls ist es ihm nicht gelungen, die Tatsache, daß nach österreichischem Recht der Versuch strafbar ist, mit dem Begriff der Rechtswidrigkeit in anderer Weise zu vereinbaren, als die inhaltliche Übereinstimmung beider Begriffe zu unterstellen.

Die Übereinstimmung mit dem System Belings war damit auf den objektiven Charakter der Rechtswidrigkeit reduziert . Für Kadečka bedeutete dies allerdings, daß ihm der Weg, den in Deutschland die Vertreter des neoklassischen Verbrechensbegriffs gegangen waren, um den Versuch in den Deliktsaufbau einzufügen, verschlossen war. Subjektive Unrechtselemente mußte er folgerichtig

268. Kadečka ZStW 59/12

269. Kadečka ZStW 59/12.

ablehnen. Insofern traf er sich mit Rittler. Auch dieser erteilte eine "energische Absage an die moderne Irrlehre von den subjektiven Unrechtselementen " und erntete dafür den Beifall Kadečka (Anm.270).

Allerdings zog Kadečka aus der Ablehnung der subjektiven Unrechtselemente andere Schlüsse als Rittler und setzte diese These der Konzeption Rittlers entgegen. Er vermißte bei Rittler die Stellungnahme zu dem Hauptargument derjenigen, die für die Anerkennung subjektiver Unrechtselemente eintraten, " daß die Verwirklichung des objektiven Tatbestandes bei vielen Absichtsdelikten kein Unrecht bedeute, die in jeder strafbaren Handlung unerläßliche Rechtswidrigkeit daher in der Absicht stecken müsse" (Anm.271) und er erklärte, " daß die Absichtsdelikte in Wahrheit Verbrechensversuche seien und beim Versuch tatbestandsmäßig und rechtswidrig nur das vom Täter Gewollte sein braucht, nicht aber auch das von ihm Bewirkte (Anm. 272).

Dem naheliegenden Einwand, diese Verlagerung der Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit ins Unrecht verstoße gegen den Satz nullum crimen sine lege, begegnete er mit dem Hinweis, daß sich an der Straflosigkeit des Wahnverbrechens durch diese Verlagerung nichts ändere und daß der Tatbestand mithin seine Garantiefunktion behalte- einem Argument, dem eine innere Berechtigung nicht abzusprechen ist, wenn man bedenkt, daß jede subjektive Versuchslehre sich der Sache nach mit einer - subjektiven - Tatbestandsbezogenheit der Versuchshandlung begnügt.

270. Kadečka in der Besprechung von Rittlers Lehrbuch AT  
in JBl 1933/355

271. Kadečka JBl 33/355

272. Kadečka JBl 33/355



Dies mag der Grund sein, daß Kadečka Nachfolger gefunden hat, die sich wie er zu dem paradox erscheinenden " nicht rechtswidrigen aber strafbaren " Versuch bekennen. Der entschiedenste Anhänger einer solchen subjektiven Versuchslehre ist gegenwärtig Nowakowski.

## VII. Die Fortentwicklung der Lehre durch Nowakowski

Nowakowski hat die Thesen Kadečkas freilich nicht unverändert übernommen, sondern in mancherlei Hinsicht modifiziert und modernen Anschauungen angepaßt. Diesen Modifikationen nachzugehen ist im folgenden die Aufgabe der Arbeit.

Bei der Untersuchung der Lehre Kadečkas war aufgefallen, daß , von bald als unfruchtbar erkannten Ansätzen abgesehen, die Begründung der subjektiven Theorie in kaum mehr als in der Ablehnung der objektiven Theorie bestand. Dies heißt zwar nicht, daß die objektive Lehre bereits deshalb "richtiger" wäre, es ist jedoch nicht zu leugnen, daß sie sich eher in ein Verbrechenssystem einpaßt, dessen Kernbegriff - die Rechtswidrigkeit - ebenfalls objektiv verstanden wird. Es wäre deshalb zu erwarten gewesen, daß Nowakowski sich um eine eigenständige Begründung bemüht und insbesondere die Frage, was unter strafbarem Unrecht zu verstehen sei, unter neuen Aspekten beantwortet hätte. Diese Erwartung wird jedoch weitgehend enttäuscht.

Ausgangspunkt der Unrechtslehre Nowakowskis war die seinerzeit heftig umstrittene (Anm.273) Gegenüberstellung der Begriffe Bewertungsnorm und Bestimmungsnorm als Bezeichnungen der Funktion der Strafgesetze.

273. Mezger hat in seiner Untersuchung zu den subjektiven Unrechtselementen das Verhältnis beider Begriffe dahin gelöst, daß er die Norm als Bewertungsnorm zur Voraussetzung ihrer bestimmenden Funktion erklärt hat -vergl. GS 89/241.

Mit dem bekannten Argument , daß auch die sogenannten untauglichen Normadressaten wie Kinder und Unzurechnungsfähige objektiv rechtswidrig handeln können, ja objektiv rechtswidrig handeln können müssen, daß der Begriff der Rechtswidrigkeit sonst ganz unbrauchbar sei und mit dem der Schuld verfließe, lehnte Nowakowski die Imperativentheorie und mit ihr jedes Normverständnis ab, daß die Bestimmungsfunktion der Norm in den Vordergrund rückt (Anm.274). Unabhängig vom jeweiligen Sprachgebrauch seien die Rechtssätze " ihrer logischen Struktur nach"... "nicht Imperative sondern Urteile" (Anm.275). Dies gelte nicht allein im Hinblick auf den Begriff der Rechtswidrigkeit, sondern auch auf den der Schuld (Anm.276). Im Mittelpunkt dieser Urteile stehen nach Nowakowski - soweit es um die Bestimmung der Rechtswidrigkeit geht - gesetzlich umschriebene objektive Sachverhalte. Seine Bedeutung erhalte der Rechtswidrigkeitsbegriff " nur vom Rechtsgut aus" (Anm.277), so daß als rechtswidrigkeitserheblich nur jene Merkmale gelten könnten , " die etwas zur Zeichnung des Rechtsguts des betreffenden Deliktstypus beitragen" (Anm.278).

Da indessen der Rechtsgutsbegriff durch die methodologische Begriffsbildung Anfang der dreißiger Jahre zunehmend inhaltlich entleert und mit dem Schutzzweck des Gesetzes identifiziert worden war, mußte Nowakowski auf ältere Auffassungen zurückgreifen, um

274. Nowakowski ZStW 63/288 ff, 291

275. Nowakowski ZStW 63/288

276. Nowakowski ZStW 63/289

277. Nowakowski ZStW 63/310.

278. Nowakowski ZStW 63/310 unter Berufung auf Sieverts Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen S.117 ff.

eine subjektive Färbung des Rechtsgutsbegriffs zu vermeiden. Unter Berufung auf Binding (Anm. 279) und Mezger (Anm. 280) hat er das Schutzobjekt als die eine Komponente des Schutzzwecks betont und die Mezger'sche Definition vom Schutzobjekt als Zustand, an welchem das vom Recht berücksichtigte Durchschnittsinteresse besteht, übernommen.

Besteht das Verbrechen so gesehen in der Verletzung oder Gefährdung eines Schutzobjekts, ergibt sich der objektive Charakter des strafrechtlichen Unrechts von selbst. Daß freilich häufig die Verletzung oder Gefährdung des Schutzobjekts nicht schlechthin alle Elemente des Unrechts enthält, daß zuweilen auch die Art und Weise, in der die Beeinträchtigung des Schutzobjekts nach dem jeweiligen Deliktstypus geschehen muß, zur Grundlage des Urteils über die Rechtswidrigkeit wird, erkannte auch Nowakowski an, obwohl er zutreffend bemerkte, daß hier die Stelle liegt, "wo die subjektiven Unrechtselemente eindringen" (Anm. 281).

Dennoch glaubte er, die Lehre von den subjektiven Unrechtselementen ablehnen zu können. Da auch hier vom Schutzobjekt auszugehen sei und da das Schutzobjekt "in Gegebenheiten außerhalb der Täterpsyche" bestehe, könne die Täterpsyche nicht für sich selbst sondern nur in ihrem äußeren Wirksamwerden das Schutzobjekt berühren (Anm. 282). Dies gelte auch für die Absichtsdelikte, die ihrer Struktur nach nichts anderes als Versuchshandlungen seien, (Anm. 283) und es gelte schließlich auch für den Versuch selbst, der nach der subjektiven Theorie ein objektives Unrecht

279. Binding Normen I 2. Aufl. 1890 S. 339

280. Mezger Lehrbuch S. 200

281. Nowakowski ZStW 63/312

282. Nowakowski ZStW 63/312: "So ist z.B. der Vorsatz als solcher noch nicht geeignet, einen fremden Lebensbereich zu beeinträchtigen. Das geschieht erst durch die Handlung, in der er betätigt wird; ausschließlich von den objektiven außenweltlichen Eigenschaften der Handlung hängt es ab, inwieweit das Schutzobjekt beeinträchtigt wird." .... "Erfasst man das Unrecht von der Rechtsgutsverletzung her und versteht man das Schutzobjekt als den geschützten Lebensbereich, so können folgerichtig Mittel und Modalitäten des Verbrechens nur insoweit rechtswidrigkeitserheblich sein, als sie außenweltlich sind. So führt die Besinnung auf die teleologische Methode und auf das Rechtsgut als den entscheidenden Leitstern letztlich zu einer Bestätigung der Dogmatik, die Beling formal-logisch geworden hat."

283. In diesem Sinne bereits Kadedka (s.o. Seite 233) und Zimmerl Lehre vom Tatbestand S. 38.

nicht enthalte (Anm.284).

Es drängt sich die Frage auf, welchen Wert der Rechtswidrigkeitsbegriff noch haben kann, wenn in bestimmten Fällen die Rechtswidrigkeit eines Verhaltens nicht mehr die unabdingbare Voraussetzung der Strafbarkeit ist. Was nutzt mit anderen Worten ein objektiver Unrechtsbegriff, wenn mit seiner Hilfe nicht gesagt werden kann, welche Handlungen aus dem strafbaren Bereich ausscheiden? Diese Frage, die weniger ein Problem der Rechtsstaatlichkeit berührt (Anm.285) als die dogmatische Brauchbarkeit eines bestimmten Begriffs hat auch Nowakowski nicht befriedigend beantwortet.

Nowakowski bezeichnet die Auffassung, "daß alles Strafbare auch

284. Nowakowski ZStW 63/299,314.  
 Nowakowski beruft sich für diese Lösung außer auf Kadečka auch auf Goldschmidt (Frank Festgabe I/434 und von Gemmingen DStrR 1935/108. Der Ausgangspunkt bei Goldschmidt war aber insofern ein anderer, als er "neben jeder das äußere Verhalten bestimmenden Rechtsnorm eine ein entsprechendes Verhalten erfordernde Pflichtnorm" (aaO S.433) stellte und letztere der Schuld zordnete um eine Grundlage für seinen normativen Schuldbegriff zu schaffen. Nowakowski, der zwar ebenfalls einen normativen Schuldbegriff vertrat (vergl. Schw.ZStrR.65 (1950)/308 ff) lehnt demgegenüber auch für den Bereich der Schuld die Definition der Norm als Pflichtnorm ab und erkannte nur ihre Funktion als Bewertungsnorm an. Von Gemmingen hat die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs nicht verneint, sondern lediglich bemerkt, daß dem untauglichen Versuch sowohl das "Anforderungswidrige" und das "Substratswidrige" d.h. das fehle, was nach dem Beling'schen System unter Rechtswidrigkeit verstanden werde. Dagegen hat von Gemmingen die Rechtswidrigkeit des untauglichen Versuchs in der "Geltungswidrigkeit" gesehen und - gegen Gallas (ZStW 54 (1934)/284) - "der Schädigung oder Gefährdung der rechtlichen Geltungsmacht" (DStrR 35/109) eine eigenständige dogmatische Bedeutung beigelegt und in ihr den Kern einer objektiven Rechtswidrigkeit gesehen (aaO. S.110, wo es allerdings auch heißt, daß "das künftige Strafrecht auf das Merkmal der objektiven Rechtswidrigkeit im Einzelfall verzichten kann", weil "die Strafe im tiefsten Grunde Ausdruck der Mißbilligung für Schuld ist"). Freilich ist bei von Gemmingen die Geltungswidrigkeit nicht alleinige Grundlage der Rechtswidrigkeit. Vielmehr führte von Gemmingen diese offenbar auf die Schuldhaftigkeit der Handlung zurück. Anders ist die folgende Passage nicht zu verstehen: "Ich behaupte nur, daß die Willens- b e t ä t i g u n g in ihrer äußeren Betätigungsseite nicht mehr Gegenstand eines Rechtswidrigkeitsurteils zu sein brauche. Es liegt aber nichts im Wege, den verbrecherischen Willen selbst um seiner Schuldhaftigkeit willen "rechtswidrig" zu nennen." (aaO. S.111) In diesem Punkt treffen sich tatsächlich die Theorien Nowakowskis und von Gemmingens: Zwar taucht der Begriff der Geltungswidrigkeit oder eine ähnliche Formulierung nicht auch bei Nowakowski auf, in der Sache macht es jedoch keinen Unterschied, ob "die Schuld als eine Unterform der Rechtswidrigkeit" bezeichnet wird (von Gemmingen aaO.S.111) oder aber

die Trennung von Rechtswidrigkeit und Schuld beibehalten und nur die Schuld als vorliegend anerkannt wird.



rechtswidrig sein müsse" als "eingefleischte Gewohnheit" (Anm. 286) und wirft der finalen Handlungslehre vor, nur scheinbar einen neuen Rechtswidrigkeitsbegriff geprägt, sachlich aber nichts Neues gesagt zu haben, so daß lediglich eine Begriffsverwirrung entstanden sei, die schon aus didaktischen Gründen vermieden werden müsse (Anm. 287).

Diesem Standpunkt Nowakowskis mag man durchaus beistimmen, die Frage, welche Elemente ein recht verstandener Unrechtsbegriff beinhalten muß, bleibt dennoch unbeantwortet. Denn ebenso wie der Hinweis Kadečkas, daß die Tatbestände schon dann die Einhaltung des Grundsatzes nullum crimen sine lege gewährleisten, wenn ein Verhalten nur "tatbestandsbezogen" (Anm. 288) ist, kann auch die Erkenntnis, daß eine subjektive Lehre zu sachlich gleichen Ergebnissen kommt, wenn sie sich nicht Finalismus nennt und sich nicht auf ontologische Strukturen der Handlung beruft, die inhaltliche Gestaltung des Rechtswidrigkeitsbegriffs nicht völlig freistellen. Ein objektiver Rechtswidrigkeitsbegriff in einem subjektiven System gibt keine Auskunft darüber, worin der Grund einer Strafe gesehen und was zum Kreis der Handlungen gerechnet wird, die als dem Recht widersprechend bewertet werden. Notwendigerweise muß daher neben dem formalen und als solchen unzureichenden Begriff der Rechtswidrigkeit ein zweiter, über die abstrakte Strafwürdigkeit entgültig entscheidender, materieller Begriff treten, der den Grund dafür angibt, weswegen auch der, der einen gänzlich ungefährlichen Versuch einer Straftat unternommen hat, bestraft werden kann. Auch der - von Nowakowski im

285. Jesdeck spricht davon, daß "die Bestrafung recht m ä ß i g e r Handlungen" seinem "verfassungsrechtlichen Stilgefühl widerspricht" (ZStW 73/208), räumt indessen ein, daß die Frage, "welche Sachverhaltselemente zum Unrecht und welche zur Schuld zu schlagen seien" nicht überschätzt werden dürfe.

286. Nowakowski ZStW 63/299

287. Nowakowski ZStW 63/309. Nowakowski weist darauf hin, daß die finale Handlungslehre nur wegen der auf einem tatbestandsmäßigen Erfolg gerichteten Finalität die Handlung selbst als tatbestandsmäßig und rechtswidrig ansehe, daß also der Erfolg, auf den die Handlung hinziele, für den Rechtswidrigkeitsbegriff ebenso maßgebend sei, wie nach seiner Theorie (S. 299 ff).

288. Diesen Ausdruck verwandte übrigens von Beling bei der Versuchsdogmatik: Vergl. Lehre vom Tatbestand S. 7



übrigen nicht angeführte-Einwand, der Begriff der Rechtswidrigkeit sei allein ein formaler Begriff, der nur als Baustein im Gebäude des dogmatischen Verbrechensaufbaus, nicht aber auch als Ausdruck der "eigentlichen" Strafbarkeitsgründe aufgefaßt werden dürfe, räumt diese Bedenken gegen die These Nowakowskis vom nicht rechtswidrigen und gleichwohl strafbaren Versuch nicht aus. Auch als formaler Begriff darf die Rechtswidrigkeit inhaltlich nicht derart entleert werden, daß er als Prüfungsmaßstab eines Verhaltens ausscheidet. Diese Entwertung ist aber die unausbleibliche Folge einer Theorie, nach der die Feststellung, daß ein Verhalten nicht rechtswidrig ist, nicht auch den zwingenden Schluß zuläßt, daß das Verhalten straflos bleibt.

Die Strafbarkeit des völlig ungefährlichen Versuchs ergibt sich nicht aus dem allein auf Verletzung oder Gefährdung des Rechtsguts abstellenden Rechtswidrigkeitsbegriff Kadečkas. Es erhebt sich deshalb die Frage, welche Gründe Nowakowski dennoch zu der Annahme bewegt haben, daß der ungefährliche Versuch nach dem österreichischen Strafrecht strafbar sei. Nowakowski führt im wesentlichen zwei Argumente an, von denen das eine dem Gesetz direkt entnommen wird, das andere sich aus den Thesen Nowakowskis zum Wesen einer Straftat ergibt.

Das erste Argument lautet dahin, daß bei gleicher Schuld die gleiche Strafe zu verhängen sei. Die Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung im österreichischen Strafrecht zeige, daß das Gesetz diesen Grundsatz anerkannt und dem Eintritt oder Nicht-eintritt des Erfolgs im Hinblick auf die Höhe der Strafe keine Bedeutung beigelegt habe. Da sich aber der gefährliche vom ungefährlichen Versuch im Hinblick auf die darin zum Ausdruck gekommene Schuld in nichts unterscheide, ergebe sich die Strafbarkeit des letzteren von selbst (Anm. 289). Daß das Gesetz eine "zur wirklichen Ausübung führende Handlung" verlange, könne, da diese Formulierung nicht wörtlich verstanden werden dürfe, daran nichts ändern. Vielmehr deute der im Gesetzestext verwandte Ausdruck

"unternommen", der "die ganze Problematik des Versuchsbegriffs" in sich einschlieÙe, auf eine subjektive Auffassung hin(Anm.290).

Neben diesen aus der Textkritik gewonnenen Argumenten, die schon in der Diskussion zwischen Stooß, Lammasch und von Krzymuski eine Rolle gespielt hatten, beruft sich Nowakowski vor allem auf den Strafzweck, den es zu erreichen gelte. Anders aber als Kadečka, der den Zweck der Strafe und der Maßnahmen in der Spezialprävention gesehen hatte und den Schuldbegriff ebenso entpersonalisiert wie entethisiert hatte, hebt Nowakowski die Bedeutung der personalen Schuld für den Strafzweck hervor. Er ist der Meinung, daß es ungerecht sei, einen Täter wegen des ausgebliebenen Erfolgs milder zu bestrafen (Anm. 291). Diese Ansicht ist die Grundlage für die Thesen Nowakowskis zum Wesen des Verbrechens. Er sieht dieses in der "Betätigung einer fehlerhaften Einstellung den als Rechtsgütern geschützten Werten gegenüber" und als "Manifestation einer Persönlichkeit, die sich - zum mindesten im Augenblick des in Frage entstehenden Entschlusses - das unbeeinträchtigte Bestehen der Rechtsgüter nicht entsprechend angelegen sein läßt (Anm.292)". Die erwähnte Einschränkung läßt allerdings offen, ob nicht Nowakowski überhaupt die Gefährlichkeit des Täters als Grund für eine Bestrafung angesehen wissen will. An anderer Stelle (Anm.293) heißt es

290. Nowakowski ÖJZ 1953/598

291. Nowakowski ÖJZ 1953/599, ebenso in " Strafrecht " S.438. In den Grundzügen "S.29 bezeichnet er allerdings die subjektive Verbrechensauffassung auch im Hinblick auf die Strafzwecke der General- und Spezialprävention als die allein vertretbare.

292. Nowakowski ÖJZ 1953/596 und nahezu wörtlich übereinstimmend in "Grundzüge " S.28 und "Strafrecht" S.438, wo auch von der Nichterfüllung sozialer Pflichten die Rede ist.

293. Nowakowski "Grundzüge" S.29/89.

aber klarstellend, daß nicht die Gefährlichkeit des Täters (Anm. 294) sondern dessen Schuld die Versuchsstrafe trägt. Freilich ist der Begriff der Schuld bei Nowakowski nicht streng an die einzelne Tat gebunden und wenn sich Nowakowski auch gegen die symptomatische Verbrechensauffassung <sup>wendet</sup>, "nach der die Einzeltat nur Erkenntnisgrund für eine mehr oder weniger dauernde Persönlichkeitsartung sein ...soll" (Anm. 295), so lehrt er doch andererseits, "daß der Schuldvorwurf.. nicht die einzelne Fehlentscheidung an sich, sondern die in der Persönlichkeit des Handelnden gelegenen Ursachen hierfür " betrifft (Anm. 296).

Auch das Schuldurteil wird danach nicht auf die Tat beschränkt. Das hat zur Folge, daß Nowakowski im Grunde keinen Begriff zur Verfügung hat, mit dem er seine Wertung der Tat ausdrücken kann. Dies fällt bei der Beantwortung der Frage, ob der absolut untaugliche Versuch strafbar ist, weniger auf, weil hier die Tatbestandsbezogenheit des Geschehens einen Ersatz bietet, bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch tauchen dagegen Schwierigkeiten auf.

Nach der subjektiven Versuchslehre Nowakowskis wird die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs durch die Tatbestandsbezogenheit der Handlung ersetzt. Da sich die Tatbestandsbezogenheit in den subjektiven Vorstellungen des Täters widerspiegelt, erscheint es nur folgerichtig, (Anm. 297), wenn die subjektive Lehre die Grenze zum Versuch dann als überschritten annimmt, wenn sich ein Verhalten als in diesem Sinne tatbestandsbezogen darstellt, d.h. mit anderen Worten , wenn der

294. Nowakowski weist damit den dahingehenden Vorwurf Rittlers (Lehrbuch 2.Aufl.I/254) zurück.

295. Nowakowski Grundzüge S.29

296. Nowakowski Grundzüge S.66. Nowakowski spricht von "charakterologischer Schuldauauffassung" im Gegensatz zu der von ihm abgelehnten Theorie der "Charakterschuld".

297. Zutreffend Nowakowski ÖJZ 1953/600 : " Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung steht im grundsätzlichen mit der Auffassung vom Wesen des Versuchs fest."

Täter sich in der Ausführung seines Planes begriffen glaubt. In diesem Sinne ließ sich Nowakowski schon 1946 vernehmen. (Anm. 298) Später bezog er wie folgt Stellung: " Solange sich der Täter mit dem Gedanken trägt, er werde ein Verbrechen begehen, betätigt er in seinen Handlungen noch nicht die zur schließlichen Ausführung erforderliche verbrecherische Energie. Die innere Bereitschaft der Entschluß, in Hinkunft einen Mord zu verüben, besagt bei weitem nicht dasselbe, wie die Betätigung des Entschlusses mit dem Bewußtsein, dadurch j e t z t zum Mörder zu werden." (Anm. 299)

Das Problem liegt nun darin, ob das schon von Kadečka (Anm. 300) als maßgebend bezeichnete Bewußtsein, die Tat als gegenwärtige zu begehen, ausreicht oder ob ein weiteres ( psychisches) Element der Tat hinzutreten muß. Nowakowski läßt das beschriebene Bewußtsein genügen und präzisiert seinen Standpunkt dahin, daß es auf die Fertigkeit des Entschlusses nicht ankomme (Anm. 301). Auch im Stadium des Versuchs könne der Entschluß noch schwankend sein.

Es mag freilich selten sein, daß sich jemand in eine verbrecherische Handlung verstrickt glaubt, ohne seines Entschlusses, das Verbrechen zu verüben, sicher zu sein. Indessen hält gerade Nowakowski derartige Fälle für möglich, und es ist nicht anzunehmen, daß er dabei den möglichen Rücktritt des Täters im Auge hatte. Die Infirmitätstheorie hat er gerade bekämpft (Anm. 302). Erkennt man aber

298. Nowakowski in Zeitschr. f. öster. Recht und vergl. Rechtswissenschaft 1946/24

299. Nowakowski ÖJZ 53/600 ähnlich " Grundzüge" S. 91 : "Erst wenn der Handlungsentschluß das Bewußtsein begründet, das Verbrechen nunmehr als ein gegenwärtiges zu begehen, es jetzt auf sich zu nehmen, ist jene Willensgefahr bestätigt worden, der die vollendete Tat trägt." Ferner " Strafrecht " S. 453.

300. Kadečka Mon. Schr. krim. 19/139

301. Nowakowski Zeitschr. f. öster. Recht und vergl. Rechtswissenschaft 1946/24

302. vergl. unten S. 245

mit Nowakowski ein potentiellcs Auseinanderklaffen von Tatbewußtsein und Fertigkeit des Entschlusses an, fällt ein Merkmal weg, das zur Abgrenzung der Versuchstat von der Vorbereitung gerade bei Zugrundelegung einer subjektiven Versuchslehre, hätte Bedeutung erlangen können. Zudem erfüllt ein noch unsicheres Wollen kaum die Anforderungen, die an einen Vorsatz zu stellen sind, so daß bereits aus diesem Grund der Standpunkt Nowakowskis, es genüge auch ein weniger fester Tatentschluß, wenn nur das Bewußtsein, die Tat jetzt auszuführen, vorhanden sei, nicht unbedenklich ist.

In einer Anzahl von Fällen ist allerdings der Vorsatz des Täters nicht ohne weiteres zu fixieren. Es handelt sich um den Problemkreis des sogenannten bedingten Wollens, der auch in Deutschland von mehreren Autoren erörtert worden ist (Anm.303). Im Hinblick auf diese Fälle könnte man die Ansicht Nowakowskis zum Erfordernis eines festen Tatentschlusses dahin deuten, daß Nowakowski alle Fälle des bedingten Wollens beim Versuch bestraft sehen möchte. Ausdrücklich hat Nowakowski indessen zu dem Problem des bedingten Wollens nicht Stellung genommen, so daß es gewagt erscheint, ihm Ansichten zu unterstellen, zu denen er sich nicht bekannt hat. Dies gilt umsomehr, als auch für die Behandlung der Fälle des sogenannten bedingten Wollens nichts anderes als für den Tatentschluß überhaupt gelten kann, daß also auf die Festigkeit des Handlungswillens nicht verzichtet werden kann.

In Österreich hat sich zu dem Problem des bedingten Wollens, soweit ich sehe, nur Pöhl in einem kurzen Aufsatz geäußert (Anm.304). Entsprechend den in Deutschland vertretenen Auffassungen hat er den Fall des bedingten Vorsatzes (es ist nach deutscher Terminologie der Fall des bedingten Wollens) dem des *dolus eventualis* gegenübergestellt (Anm. 305). Ist das Wollen der Tat selbst bedingt, so kann

303. vergl. Arzt JZ 69/54; Less GA 56/33; Schmid ZStW 74/48

304. Pöhl . Bedingter Vorsatz ÖJZ 1962/7

305. Pöhl erkennt als Merkmal des *dolus eventualis* den unbedingten Tatwillen, während er zum "bedingten Vorsatz" ausführt:  
"in den Fällen mit bedingtem Vorsatz bedenkt und beschließt der Betreffende nicht ohne weiteres, eine Straftat zu begehen; er beschließt vielmehr, mit dem Entschluß zuzuwarten, bis die Bedingung erfüllt ist. Bis zur Erfüllung oder Vereitelung der Bedingung ist es ungewiß, ob die Beschlußführung die Vollendung oder die Unterlassung der Vollendung der Straftat ist".



nach Pöhl ein Versuch nicht gegeben sein (Anm.306), da das "Böse" des Vorsatzes erst nach dem Bedingungseintritt festgestellt werden könne. "Dieser bedingte Voraatz ist nur bedingt ein böser Vorsatz im Sinne des § 1 StG. Er ist ein bedingter böser Vorsatz, weil es von der Erfüllung einer Bedingung abhängt, ob er ein böser Vorsatz ist oder nicht (Anm.307)".

Ein Problem von ungleich größerer praktischer Bedeutung als das des bedingten Wollens hat dagegen bei Nowakowski eine eingehende Behandlung erfahren: Das Problem des Rücktritts vom Versuch.

Die Straffreiheit des zurücktretenden Täters ergibt sich nach seiner Ansicht von selbst aus dem letzten Teilsatz des § 8 StG, aus dem der Umkehrschluß gezogen werden müsse. Obwohl dieser Umkehrschluß "formallogisch" besage, daß ein Versuch bei Rücktritt des Täters überhaupt nicht vorliege, dürfe die Auslegung des Gesetzes jedoch nicht bei der Wortinterpretation stehen bleiben, da sonst "bei Rücktritt des Ausführenden auch alle Mitschuldigen straflos bleiben müßten (Anm. 308). Auch müßte die These, der fehlende Rücktritt sei negatives Tatbestandsmerkmal, zu der Konsequenz führen, "daß die Handlung, solange weder der Erfolg eingetreten noch sein Ausbleiben gewiß ist, überhaupt straflos" sei (Anm.309), es sei denn,

306. Pöhl lehnt von diesem Standpunkt aus zwei KH-Entscheidungen ab, die in der Tat nicht zu halten sind und die auch (mit anderer Begründung ) von anderer Seite kritisiert worden sind: KH ÖR Nr.61 und SST XI/33 (letztere abgelehnt von Rittler Lehrbuch 2.Aufl. AT S.253 Anm.4). In beiden Fällen ging es um Vergehen gegen § 10 StG (Presse delikte). Der Angeklagte hatte jeweils Flugblätter bzw. Druckschriften drucken lassen und das vorgeschriebene Pflichtexemplar der Polizeibehörde zur Beurteilung vorgelegt. Die Genehmigung zur Verbreitung der Druckschriften wurde nicht erteilt, so daß die Verteilung unterblieb. Dennoch verurteilte der KH wegen Versuchs mit der Begründung, der Angeklagte hätte jeweils mit der Verteilung begonnen, wenn ihm die behördliche Erlaubnis dazu erteilt worden wäre. Wörtlich heißt es in KH ÖR Nr.61 : " Die Vorlage des Pflichtexemplars war ein vorgeschobener Posten, die erfolgte Nachfrage Rekognoszierung des Terrains, die Wachsamkeit und Konnivenz der Pressebehörde das zu erforschende Gebiet. Wäre diese Etappe der Tätigkeitsentfaltung vom gewünschten Erfolg begleitet gewesen, so hätte die Vollbringung der Tat ihren ungehinderten Lauf genommen". Obwohl dieses Ergebnis offensichtlich unhaltbar ist, - der Sinn der Vorlagepflicht besteht zumindest auch darin, dem Hersteller einer Druckschrift das strafrechtliche Risiko für den Inhalt des Flugblatts abzunehmen, der vorliegende Autor verhält sich demnach ganz im Sinne des Gesetzes - hat das Gericht an dieser Entscheidung auch später festgehalten und in SST XI/33 ausgeführt, der Angeklagte hätte die Verbreitung nur unterlassen, "wenn eine Beschlagnahme erfolgt wäre, d.h. , daß er die Druckschrift auch dann verbreitet hätte, wenn die Beschlagnahme trotz des strafbaren Inhaltes des Druckwerkes infolge eines Rechtsirrtums , aus Versehen oder dergleichen unterblieben wäre"

man operiere wie seinerzeit Lammasch mit der Präsumption des Nicht-Rücktritts. Nowakowski sieht daher, übereinstimmend mit Rittler (Anm.310) im Rücktritt einen persönlich wirkenden Strafaufhebungsgrund (Anm.311), der dem Täter- Freiwilligkeit vorausgesetzt- eine goldene Brücke bauen will.

Für Rittler hatte sich diese Lösung von selbst verstanden, denn Rittler rechnete nur das zum Tatbild, was zur Typisierung von Unrecht und Schuld in den Gesetzeswortlaut aufgenommen worden war. Für Nowakowski, der sich ebenfalls auf Beling beruft, scheint hier nichts anderes zu gelten. Indessen besteht die Besonderheit der Nowakowski'schen Theorie gerade darin, daß er für den Versuch überhaupt die Tatbestandsmäßigkeit der Handlung ablehnt. Man sollte daher annehmen, daß es einer Aussonderung des (fehlenden) Rücktritts aus dem Kreis der Tatbestandselemente überhaupt nicht bedarf, da die Tatbestandsmäßigkeit schlechthin fehle. Hinzukommt, daß Nowakowski im Anschluß an Kadečka die unrechttypisierende Funktion der Tatbestände ablehnt, da es tatbestandsmäßige Handlungen gäbe, die nicht rechtswidrig sind und umgekehrt (Anm.312). Daß Nowakowski dennoch den Rücktritt zum persönlich wirkenden Strafaufhebungsgrund erklärt hat, hat seinen Grund darin, daß er mit der Leugnung der Tatbestandlichkeit des Versuchs nicht die Bedeutung der Tatbestände schlechthin leugnet. Dem Vorwurf Rittlers, er verlasse die Grundlage des Typenstrafrechts ist er nachdrücklich entgegengetreten. (Anm.313). Wenn er auch die Tatbestandlichkeit ins Subjektive transponiert und den Begriff der Tatbestandsbezogenheit an die Seite des Begriffs der Tatbestandsmäßigkeit setzt, gibt er damit nicht die Bindung der Strafrechtsdogmatik an die gesetzlich umschriebenen Tatbilder

307. Pöhl ÖJZ 1962/10

308. Nowakowski Grundzüge S.93

309. Nowakowski Grundzüge S.93

310. vergl. oben S.221 Rittler Lehrbuch 2.Aufl. AT S. 267 ff

311. Nowakowski Grundzüge S. 93, ÖJZ 1953/600, Strafrecht S.454

312. Nowakowski Grundzüge S.55 und (ausdrücklich gegen Rittler Lehrbuch 2.Aufl. AT S.66, 125 ff) ÖJZ 1955/555

313. Nowakowski ÖJZ 1955/549 (gegen Rittler Lehrbuch AT 2.Aufl. S.78, 109, 257)

auf und sieht sich der Sache nach vor dem Problem, die Elemente, die eine Aussage über das Unrecht und die Schuld der Tat enthalten, von denen zu trennen, die insoweit indifferent sind.

Ebensowenig wie hinsichtlich des Rücktritts bestehen bemerkenswerte Unterschiede in den Anforderungen, die Nowakowski und Rittler an die Freiwilligkeit des Rücktritts stellen. Auch Nowakowski verlangt, daß der Handelnde sich sagt, "er wolle (wenigstens jetzt) nicht zum Ziele kommen, obwohl er es könne (Anm. 314)". Demgemäß könne auch Bestürzung, Furcht, Ekel und ähnliches ein derartiges Hemmnis sein, daß der Täter zur Vollendung der Tat unvermögend werde.

Wird demnach das Problem, wie der Rücktritt vom Versuch zu behandeln ist, von Rittler und Nowakowski im wesentlichen gleich gelöst, bezeichnen ihre Ansichten im übrigen gleichsam die entgegengesetzten Pole, zwischen denen sich die Theorien der übrigen Autoren ansiedeln. Freilich liegen auch diese Pole insoweit auf der gleichen Ebene, als nur Rittler und Nowakowski vom Beling'schen Verbrechen-  
aufbau ausgehen, die subjektiven Unrechtselemente mit dem Argument ablehnen, der Vorsatz und andere subjektive Merkmale könnten beim versuchten Delikt nicht anders als beim vollendeten Verbrechen der Schuld zugerechnet werden (Anm. 315), gemeinsam ist schließlich die Ablehnung der finalen Handlungslehre. Daß Rittler und Nowakowski dennoch zu verschiedenen Ergebnissen gelangt sind, von denen die Rittler'sche Lehre zwar systemimmanent ist, jedoch bei der Entscheidung des Einzelfalls zu willkürlichen Hilfserwägungen greifen muß

314. Nowakowski Grundzüge S.93 unter Berufung auf die Entscheidung des OGH EV Bl 1951/319

315. Hiergegen Engisch in Rittler Festschrift S.174

(Anm.316) und von denen die Lösung Nowakowskis zwar im Einzelfall durchführbar ist, der Sache nach aber die dogmatische Basis des Unrechtsbegriffs verläßt, ist im Vorhergehenden dargestellt worden. (Anm.317). Es gilt nunmehr die zwischen den Lehren Rittlers und Nowakowskis liegenden Theorien kurz zu charakterisieren.

### VIII. Die vermittelnden Lehren in der gegenwärtigen österreichischen Versuchsdogmatik

---

Vermittelnde Lehren werden gegenwärtig von Horrow, Malaniuk und Roeder vertreten.

#### 1. Die Lehren von Horrow und Malaniuk

Ähnlich wie Rittler hält Horrow die objektive Versuchstheorie für ein Gebot des Typenstrafrechts. Da es nur den Versuch eines bestimmten (typisierten) Delikts geben könne, müßten - um die Typisierung des Delikts möglich zu machen, alle gesetzlichen Tatbestandsmerkmale mit Ausnahme des Erfolgs vorhanden sein (Anm.318). Es gehe

316. Nowakowski hat diesen Mangel klar erkannt und wie folgt, treffend kritisiert (ÖJZ 55/551): " Wenn die Handlung das Objekt nicht trifft, den Erfolg nicht verursacht, so muß ihre Beziehung auf einen tatbestandsmäßigen Erfolg im Einzelfall auf andere Weise gewährleistet sein..." " Neben die Handlung als solche , das Schießen, Stechen, Würgen usw.... und die Anwesenheit eines tatbildmäßigen Objekts muß als Drittes eine Relation zwischen diesen beiden Gegebenheiten treten. Wenn im Falle des Versuchs eine kausale Einwirkung der Handlung auf das Objekt fehlt, kann diese Tendenz der Handlung nur durch zwei Kriterien gesichert werden : Durch den Vorsatz, der die Handlung trägt (" ihre Finalität"), oder durch die Gefahr, "die sie für das Objekt herbeiführt. Der Vorsatz scheidet für eine formal-objektive Lehre aus"....." So bleibt die Gefährlichkeit. Auf sie abzustellen, läge für Rittler umso näher, als er die Strafbarkeit des Versuchs mit der Gefährlichkeit der Tat begründet (S.253). Aber da die Qualität der Ausführungshandlung nur nach der Art des Verhaltens schlechthin als Würgen, Stechen usw. bestimmt wird, bietet sich hier kein Ansatzpunkt, um die Gefährlichkeit im Einzelfall einzuführen. Und auch auf der Erfolgsseite ersetzt Rittler den tatbestandsmäßigen Erfolg beim Versuch nicht durch die Gefahr seiner Verwirklichung". ...."Damit fehlt in der dogmatischen Konstruktion aber die Relation zwischen Verhalten einerseits, Objekt und Erfolg andererseits, die "objektive Tendenz" der Handlung".



deshalb nicht um die Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichem Versuch, sondern um die Feststellung, ob ein Mangel am Tatbestand vorliegt oder nicht (Anm. 319). Dies sind kurz gesagt die Thesen Horrows.

Nicht anders findet auch Malaniuk den Unterschied zwischen Versuch und Vollendung im Ausbleiben des Erfolgs. Hieraus schließt er, daß nur der Erfolg fehlen dürfe, damit ein Versuch angenommen werden könne, daß hingegen Mangel am Tatbestand vorliege, wenn "modale Tatbestandsmerkmale wie zeitliche, räumliche, persönliche und gegenständliche Umstände oder das tatbestandsmäßige Objekt " fehlen (Anm.320). Liegt Versuch vor, muß er nach Malaniuk das Rechtsgut objektiv gefährden, um strafbar zu sein (Anm.321).

Der Begriff der objektiven Gefahr ist bei Malaniuk freilich außerordentlich weit gefaßt. Obwohl die Gefährlichkeit eines Tuns nur jeweils im Einzelfall festzustellen ist, trifft Malaniuk die Unterscheidung zwischen abstrakt und konkret untauglichem Versuch, von denen letzterer von der Strafbarkeit nicht ausgenommen sein soll. Daraus ergibt sich die weitere Unterscheidung zwischen qualitativ ungeeigneten und quantitativ ungeeigneten Mitteln und zwischen überhaupt nicht existierendem und nicht an der erwarteten Stelle befindlichem Verbrechenobjekt. Schließlich soll sogar dann ein nur relativ untauglicher, d.h. nach Malaniuk gefährlicher Versuch

317. Nachzutragen bleibt, daß Nowakowski (" Grundzüge S.90, JZ 1958/416 in der Stellungnahme gegen die Lehre von Welzel) den Versuch des untauglichen Subjekts für strafbar gehalten hat. Da Nowakowski die Lehre vom Mangel am Tatbestand ablehnte, sich andererseits aber auch nicht zu einem auf die Pflichtwidrigkeit basierenden Rechtswidrigkeitsbegriff bekannte, war diese Haltung durchaus folgerichtig.

Ein Wahndelikt hielt Nowakowski (Grundzüge S.75 ff) für straflos. Ob er allerdings die problematischen Fälle, in denen der Täter normative Tatbestandsmerkmale zu seinen Ungunsten falsch auslegt oder in denen er über den Umfang der Norm irrt, als Fälle des Wahndelikts auffasst, ist nicht völlig geklärt. Auch die Frage, welche Bedeutung der Irrtum des Täters über seine Garantienpflicht oder Garantienstellung beim unechten Unterlassungsdelikt - das nach Nowakowski auch versuchsweise begangen werden kann, (Grundzüge S.92) - hat, beantwortet Nowakowski nicht. Auch bei anderen Autoren finden sich indessen hierzu keine eindeutigen Antworten.

318. Horrow Grundriß S.210

319. Horrow Grundriß S. 212

320. Malaniuk "Lehrbuch" S.210

321. Malaniuk "Lehrbuch" S. 212



vorliegen " wenn der Täter die Tat an einem tauglichen Objekt oder mit tauglichen Mitteln begehen will (1) sich aber vergreift und statt des tauglichen das untaugliche Objekt angreift oder das untaugliche Mittel verwendet". Der gegen die subjektive Lehre gerichtete Vorwurf, sie verkenne den objektiven Gefahrbegriff, trifft erkennbar auf die mit willkürlichen Abstraktionen arbeitende Lehre Malaniuks nicht weniger zu.

Abgesehen von diesen Schwächen bei der Durchführung der objektiven Theorie, fehlt der Theorie Malaniuks aber auch der Lehre Horrows (Anm.322) in dogmatischer Hinsicht letzte Klarheit darüber, was unter Tatbestand zu verstehen ist und worin das durch den strafbaren Versuch erfüllte Unrecht liegt. Nur insoweit herrscht Einigkeit, als Horrow und Malaniuk die Rechtswidrigkeit nicht im Verstoß gegen Bestimmungsnormen sehen, sondern in den Gesetzen nur Bewertungsnormen erblicken. Dementsprechend definieren sie das Unrecht als ein " Verhalten, welches objektiv mit der das gesamte öffentliche und private Recht umfassende Rechtsordnung in Widerspruch steht (Anm.323) "bzw. als einen " von der gesamten Rechtsordnung unerlaubten Angriff auf das geschützte Rechtsgut"(Anm.324).

Dennoch sollte der Tatbestand die Rolle eines objektiv gefaßten Unrechtstypus spielen. Malaniuk erklärt dies zwar ausdrücklich (Anm.325), schränkt indessen unter Aufgabe seines früher innegehaltenen Standpunkts (Anm.326) die objektive Theorie dahin ein, daß er unter Berufung auf Hegler und Mezger subjektive Unrechtselemente anerkennt und diese in den Unrechtstypus, d.h. die Tat-

322. Horrow Grundriß S.94, Malaniuk Jur.Bl.1953/225

323. Malaniuk JBl 53/224

324. Horrow Grundriß S.94

325. Malaniuk Lehrbuch S.120

326. Malaniuk Lehrbuch S.105

bestandsmäßigkeit aufnimmt (Anm. 327).

Es wäre nun naheliegend gewesen, aus diesem Zugeständnis an subjektiven Theorien vor allem für die Versuchsdogmatik die Konsequenzen zu ziehen und die Tatbestandsmäßigkeit des Versuchs nicht nur in den Ausführungshandlungen, sondern vor allem im Tatentschluß zu lokalisieren. Malaniuk bleibt aber auf halbem Weg stehen und beharrt auf der objektiven Versuchslehre ohne Vorsatz und Tatbestandsmäßigkeit in unmittelbarem Zusammenhang zu bringen (Anm.328).

Noch verwirrender ist die den Lehren Horrows zugrundeliegende Dogmatik. Horrow behandelt die Rechtswidrigkeit an zwei verschiedenen Stellen seines Grundrisses: Allgemeinen Erörterungen über die Merkmale eines Delikts und über den Charakter der Rechtswidrigkeit, die aus dem Wesen der Norm abgeleitet werden, folgt die Behandlung der Schuld, der sich ihrerseits die Bemerkung anschließt, daß " strafgesetzwidrig handelt, wer den Tatbestand eines Strafgesetzes rechtswidrig erfüllt ( wenn auch Schuldfähigkeit und Schuld vorliegen)" (Anm.329). Daß damit nicht nur ausgedrückt werden sollte, daß die Schuld neben der Rechtswidrigkeit der Tat Voraussetzung für die Bestrafung des Täters ist, ergibt sich aus dem Zusammenhang. Die Tatsache, daß Horrow die Rechtswidrigkeit über mehrere Seiten eingehend behandelt (Anm.330), kann nämlich nur dahinedeutet werden, daß er die Schuld (bzw. Schuldfähigkeit) als Voraussetzung der Rechtswidrigkeit ansieht. Daß aber ist nur dann sinnvoll, wenn man auf den Boden der Imputationslehre zurückkehren will (Anm.331) oder der Imperativentheorie anhängt. Gegen letztere

327. Malaniuk JBl 1953/224

328. Malaniuk JBl 1953/256

329. Horrow Grundriß S.172

330. Horrow Grundriß S.167 ff

331. Sich von dieser Lehre nicht entscheidend entfernt zu haben, wirft Moos (Verbrechensbegriff S.342 Anm. 168) den Vertretern der subjektiven Verbrechenslehre allgemein vor.

hat sich Horrow ausdrücklich verwahrt, indem er die Deutung der Gesetze als Bestimmungsnormen abgelehnt hat und auch der Imputationslehre wird man seine Theorie, die im übrigen den objektiven Charakter der Straftat betont, nicht ohne weiteres zurechnen dürfen. Daß Horrow allerdings einer Begründung der objektiv orientierten Versuchslehre mit der Vermischung von Rechtswidrigkeit und Schuld den Boden entzogen hat, ist offensichtlich. Hinzukommt, daß Horrow nicht allein den Rechtswidrigkeitsbegriff als selbständigen Baustein im Verbrechensaufbau entwertet, sondern es offenbar für möglich hält, daß ein nichtrechtswidriges Handeln strafbar sein kann. Anders ist der Hinweis auf Kadečkas Theorie von den nicht rechtswidrigen strafbaren Handlungen nicht zu erklären(Anm.332). Für die Versuchslehre übernimmt Horrow die Lehre Kadečkas aber gerade nicht.

Konsequent ist die Versuchslehre Horrows dagegen insofern, als sie ausgehend von der Lehre vom Mangel am Tatbestand alle die Handlungen für straflose Vorbereitungshandlungen erklärt, die noch kein Tatbestandselement verwirklichen(Anm.333). Fraglich ist hier nur, ob diese formalobjektive Abgrenzung (zusätzlich oder hauptsächlich) mit dem von Horrow ebenfalls ins Feld geführte Argument begründet werden kann, eine noch nicht tatbestandsmäßige Handlung bliebe straflos, weil mit ihr "noch keine (oder wenigstens keine wesentliche) Gefahr für das Rechtsgut herbeigeführt wird"(Anm.334) Tatsächlich dürfte die Grenze der Gefährdung anders verlaufen als die durch die (formale) Erfüllung von Tatbestandselementen gezogene. Auf dem gleichen Standpunkt scheint auch Malaniuk zu stehen, der ebenfalls die gesetzliche Formulierung "zur wirklichen Ausübung führende Handlung" im Sinne der objektiven Theorie als Kennzeichen

332. Der Hinweis (Grundriß S.95 Anm. 19a) lautet wörtlich: "Daß schuldhaftes Verhalten (allein auch) ohne Rechtswidrigkeit strafbar macht, daß es strafbare Handlungen gibt, denen das Merkmal der Rechtswidrigkeit fehlt, zeigt Kadečka "nicht rechtswidrige, strafbare Handlungen" in ZfÖR 1.Jahrgang Heft 3/4 S.32 ff".

333. Horrow Grundriß S. 207

334. Horrow Grundriß S. 207

für die objektive Gefährdung eines Rechtsguts auffasst und zur Ausführung rechnet, "was schon zur Verwirklichung des Tatbestandes gehört" (Anm.335).

Erwartungsgemäß sollte danach die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch "formal-objektiv" erfolgen. Malaniuk scheint jedoch der Ansicht zu sein, daß seine Stellungnahme zu der Frage, was als Versuch zu bestrafen sei, die Entscheidung noch offen läßt, wann die Grenze der Strafbarkeit überschritten wird. Wie die Rechtsprechung des OGH bezeichnet er die Handlungen, die den Angriff auf das Rechtsgut noch nicht eindeutig erkennen lassen, als Vorbereitungshandlungen, während er ein unzweideutiges Verhalten zum Versuch zählt. Daß hier zwei Erfordernisse aufgestellt werden, die kumulativ eintreffen müssen, damit Versuch angenommen werden kann, ist sicherlich ausgeschlossen. Erfüllt eine Handlung bestimmte Tatbestandselemente, kann es nicht noch zusätzlich darauf ankommen, ob sie die Absicht des Täters auch eindeutig erkennen läßt. Das Verhältnis, in dem die Erfordernisse der Unzweideutigkeit und der Tatbestandsmäßigkeit der Handlung stehen, ist demgemäß ungeklärt geblieben.

Die Konturen des Tatbestandsbegriffs selbst sind bei Malaniuk durch die Lehre vom Rücktritt vom Versuch zusätzlich verwischt. Malaniuk rechnet den fehlenden Rücktritt zu den negativen Tatbestandsmerkmalen des § 8 StG (Anm.336), und übernimmt insoweit die Rechtsprechung des OGH. Er folgt dieser auch in der inkonsequenten Ausklammerung der Anstifter und Gehilfen von der strafbefreienden Wirkung des Rücktritts (Anm.337). Die Freiwilligkeit des Rücktritts

335. Malaniuk Lehrbuch S. 212

336. Malaniuk Lehrbuch S. 221, JBl 1953/256

337. Malaniuk Lehrbuch S. 221, wo der Rücktritt als "ein höchst persönliches Moment" bezeichnet und daraus die Rechtfertigung zur Durchbrechung des in § 5 StG verankerten Akzessorietätsprinzips abgeleitet wird.

die auch für Malaniuk Voraussetzung der Straffreiheit des Täters ist, will er mit Hilfe der Frank'schen Formel feststellen(Anm.338). Der Grund der Straffreiheit liegt für ihn in der Schwäche des verbrecherischen Willens ("Infermitätstheorie") (Anm.339).

Diesen Standpunkt teilt Malaniuk mit Roeder. Da Roeder aber im übrigen eine subjektive Versuchstheorie vertritt (Anm.340) verspermt er sich mit dieser Auffassung den Weg zu einer Auswertung des Tatbestandsbegriffs für die Versuchsdogmatik.

## 2. Die Lehre Roeders

Zur Begründung seiner subjektiven Theorie dient Roeder im wesentlichen das Argument, daß eine obligatorische Strafmilderung beim Versuch als "verkappte Zufallshaftung" anzusehen wäre und daß der österreichische Gesetzgeber durch die Anordnung der Gleichbestrafung an die Stelle der Zufallshaftung die Bestrafung des in die Tat umgesetzten bösen Willens ohne Rücksicht auf dessen objektive Verwirklichung angeordnet habe (Anm.341). Die Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichem Versuch lehnt Roeder ab, da die Untauglichkeit der Handlung, einen bestimmten Erfolg herbeizuführen, Wesensmerkmal eines jeden Versuchs sei (Anm.342). Er übernimmt damit im wesentlichen die alten Argumente von Buris ohne sich mit den Thesen der neueren objektiven Lehren zum Mangel am Tatbestand, (Anm.343) oder zum Begriff der Adaequanz und Gefahr auseinanderzusetzen. In einer kurzen Anmerkung bekennt sich Roeder

338. Malaniuk Lehrbuch S.216

339. Malaniuk Lehrbuch S.221

340. Roeder Erscheinungsformen S.40 ff

341. Roeder ZStW 62/303 ff, 307 ff "Erscheinungsformen" S.14, 16  
im Anschluß an Kadeřka

342. Roeder Erscheinungsformen S.19

343. Roeder(Erscheinungsformen S. 21) bemerkt allerdings zur Lehre vom Mangel am Tatbestand, sie könne nicht akzeptiert werden, da entgegen ihrer Prämisse alle Tatbestandselemente gleichwertig seien.



zwar zur Lehre Kadečkas von nicht rechtswidrigen aber schuldhaften und daher strafbaren Handlungen (Anm.344), ob Roeder jedoch am Beling'schen Strafrechtssystem festhält oder - worauf die Behandlung des Rücktritts hindeutet, von diesem abweicht, bleibt unklar.

Zudem sind in die subjektive Verbrechenslehre Roeders täterbezogene Elemente aufgenommen, die sich mit den Auffassungen Belings nicht vereinbaren lassen. Zwar plädiert nämlich Roeder für die grundsätzliche Straffreiheit des einen abergläubischen Versuch begehenden Täters, " weil hier einem abnormen Tiefstand des Verstandes in der Regel auch eine abnorm-geringe Stärke des Willens entsprechen wird" (Anm.345), er schränkt indessen diesen Standpunkt dahin ein, daß eine Bestrafung dann erforderlich werde, wenn " mit Bestimmtheit oder hoher Wahrscheinlichkeit " damit zu rechnen ist, daß der Täter, " nachdem er die Unsinnigkeit des bisher angewandten Mittels erkannt hat" , zu einem wirksameren Mittel greift und die Tat wiederholt (Anm.346). Mit anderen Worten soll nicht die in dem abergläubischen Versuch liegende Schuld , sondern die ungünstige Prognose zur Gefährlichkeit des Täters die Strafe ( welche kaum noch diesen Namen verdient) rechtfertigen.

Die damit in den Vordergrund geschobenen kriminalpolitischen Gesichtspunkte, die eine dogmatische Begründung der subjektiven Theorie fast völlig verdrängen, treten nicht weniger stark an anderer Stelle in Erscheinung. Roeder geht bei der Auslegung des Wortes " wirklich" in § 8 StG davon aus, daß nur " ein objektives Korrektiv in dem Sinne " umschrieben sei, " daß der Zusammenhang zwischen Handlung und Erfolg wohl ein "wirklicher " (realer) sein müsse - wenngleich nur nach dem Plan des Täters (Anm.347).

344. Roeder Erscheinungsformen S. 23 Anm.23

345. Roeder Erscheinungsformen S.20

346. Roeder Erscheinungsformen S.20

347. Roeder Erscheinungsformen S.28

Daß aber bedeutet - Roeder bemerkt selbst ausdrücklich - einen Rückfall in die Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum, denn eine andere als eine nomologische einwandfreie Vorstellung des Täters über seinen Tatplan wäre nach der Roeder'schen Interpretation des § 8 StG nicht "wirklich". Statt nun diese Konsequenzen zu ziehen und die Differenzierung im Einzelfall durchzuführen, erklärt Roeder es für untragbar, den einem nomologischen Irrtum über die erforderliche Quantität eines Mittels unterliegenden Täter straflos zu lassen.

Bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch geht Roeder im wesentlichen wie Kadečka und Nowakowski vor und läßt den Versuch in dem Augenblick beginnen, in dem sich der Täter sagt, "jetzt tue ich es" (Anm.348). Nur insofern unterscheidet sich die Theorie Roeders von der Nowakowskis, als Roeder die Intensität des bei Vorbereitungshandlung und Versuch in Erscheinung tretenden Willens ausdrücklich für verschieden erklärt und gerade in der höheren verbrecherischen Intensität des Willens beim Versuch den Grund für dessen Strafbarkeit sieht, während umgekehrt der weniger starke Wille noch keine Bestrafung verdiene. Nowakowski dagegen spricht unabhängig von der Willensstärke des Täters solange von Vorbereitung bis der Täter mit dem Bewußtsein der gegenwärtigen Ausführung handelt. Die *dolus ex re* Lehre des OGH lehnt Roeder als praktisch unbrauchbar ab.

### 3. Die Lehre Burgstallers

In neuerer Zeit hat Burgstaller die Ergebnisse der bisherigen Diskussion zur Versuchslehre zusammengefaßt und selbst Stellung bezogen (Anm.349). Hierbei hat er sich an die Seite der Subjektivisten gestellt. Nachdem "Standartargumente der subjektiven Versuchslehre" (Anm.350), daß sich die prinzipielle Gleichbestrafung

348. Roeder Erscheinungsformen S. 36

349. Burgstaller JBl 1969/521 ff

350.-Burgstaller JBl 69/523 Anm.18

von Versuch und Vollendung mit einer objektiven Versuchslehre nicht verträgt, hat er vor allem (und in dieser Schärfe und Klarheit wohl erstmals in Österreich) darauf hingewiesen, daß das Wesen des Versuchs nur vom Willen her zu verstehen ist (Anm. 351). Bisher hatten die Subjektivisten lediglich betont, daß in der Schuld und nur in ihr der Grund für die Bestrafung eines Verbrechens läge und daß die im Versuch verwirklichte Schuld sich von der in der vollendeten Tat liegenden nicht unterscheide. Gegen die These der Objektivisten, dem äußeren Erscheinungsbild der Tat ließe sich deren Tendenz auf ein bestimmtes Rechtsgut ablesen (Anm. 352), finden sich dagegen keine Angriffe, obwohl etwa Zimmerl hierfür bereits alle Argumente geliefert hatte. Er hatte das Beispiel gebildet: "Der Lehrling A greift in die Schublade, in welcher seine eigene Börse und die seines Meisters nebeneinander liegen" und die Frage gestellt, welche Richtung diese Handlung hat (Anm. 353). Er beantwortete diese Frage ganz richtig dahin, daß "ohne jede Berücksichtigung der Absicht des A ... hier die Feststellung, ob eine Diebstahlshandlung vorliegt oder nicht, überhaupt unmöglich sein" wird (Anm. 354).

Daß Zimmerl hieraus nicht den Schluß gezogen hat, den Tatentschluß als Kern des Versuchs zu behandeln, ist bereits dargestellt worden (Anm. 355). Burgstaller verwirft den Lösungsvorschlag Zimmerls und übernimmt den in Deutschland schon mehrfach geäußerten Gedanken (Anm. 356), "daß man dem spezifischen Sinngehalt des Ver-

351. Burgstaller JBl 69/523

352. In nichts anderem als in dieser objektiven Tendenz suchten die Objektivisten die Tatbestandlichkeit des Versuchs.

353. Zimmerl zur Lehre vom Tatbestand S. 16. Ganz ähnlich Englisch Rittler Festschrift S. 178: "In einem Gasthaus greift jemand nach einem fremden Mantel, der über dem eigenen Mantel hängt".

354. Zimmerl zur Lehre vom Tatbestand S. 16.

355. Vergl. oben S. 70 Anm. 155

356. Außer von den Finalisten z.B. auch von Englisch Rittler Festschrift S. 178 und Krauß ZStW 76/54, 58

suchs nur gerecht wird, wenn man vom Vorsatz ausgeht und nicht von der äußeren Beschaffenheit des Verhaltens" (Anm.357).

Trotz dieses für richtig befundenen subjektiven Ausgangspunktes schlägt Burgstaller im Hinblick auf die Rechtsprechung, die, wie sogleich zu berichten sein wird, (Anm.358) ihren objektiven Standpunkt nicht verlassen hat, vor, die aufgetretenen Strafbarkeitslücken durch eine Erweiterung der objektiven Auffassung zu schließen. Dabei greift er die noch immer nicht als Irrweg erkannte ex-post-Betrachtung der Handlung und die damit verbundene willkürliche Abstraktion an und will sie in Anlehnung an von Liszt und von Hippel durch eine ex ante Betrachtung ersetzt sehen, bei der der maßgebliche Beobachter als mit dem ontologischen und nomologischen Wissen eines Durchschnittsmenschen, vermehrt um ein etwaiges Sonderwissen des Täters ausgerüstet zu denken wäre (Anm. 359). An die Stelle der Unterscheidung zwischen untauglichem und tauglichem Versuch hat Burgstaller damit die Begriffe des gefährlichen und ungefährlichen Versuchs gesetzt. Dabei ist ihm freilich bewußt, daß er den Begriff der Gefährlichkeit außerordentlich stark subjektiviert hat - stärker als es dieser Begriff nach allgemeinem Sprachgebrauch verlangt. Angemessen wäre es, dem imaginären Beobachter wenigstens "das nomologische Höchstwissen der Zeit" (Anm.360) zuzubilligen. Burgstaller glaubt indessen, damit nicht alle Strafbarkeitslücken schließen zu können (Anm.361). Diese Lücken sieht er dann entstehen, wenn die Tat den Eindruck auslöst, es werde "die Realität des Rechts

357. Burgstaller JBl. 69/523

358. vergl. unten S. 264 ff

359. Burgstaller JBl. 69/529

360. Burgstaller JBl. 69/529

361. Burgstaller glaubt, es müßten die Fälle, in denen das angewandte Mittel quantitativ untauglich sei, straffrei bleiben JBl 69/529.

die geistige Macht "beeinträchtigt" (Anm. 362), und er glaubt, diese Lücke nur dadurch schließen zu können, daß er die Tat nicht vom Standpunkt des Täters selbst aus, sondern von dem eines Durchschnittsmenschen beurteilt (Anm. 363).

Burgstaller verwahrt sich allerdings dagegen, völlig auf die sogenannten Eindruckstheorie eingeschränkt zu sein und fühlt sich von der dahinzielenden Kritik Nowakowskis (Anm. 364) nicht berührt, da er "die möglichen psychischen Wirkungen auf die Allgemeinheit .... keineswegs als Seinsgrund der Versuchsstrafe herangezogen" sehen möchte, sondern in ihnen nur "zusätzliche Voraussetzungen der Strafbarkeit" erblickt, während der eigentliche Seinsgrund der Versuchsstrafe "der betätigte Vollendungsvorsatz" (Anm. 365) sei.

Woher Burgstaller das Recht nimmt, "zusätzliche Strafbarkeitsvoraussetzungen" aufzustellen, bleibt indessen ungeklärt. Gangbar erscheint nur der Weg, den von Gemmingen gezeigt hat: Aufnahme der Geltungswidrigkeit in den Unrechtsbegriff. Findet man sich hierzu nicht bereit, hängt die subjektivierte Theorie, die Burgstaller vertritt, in der Luft.

Obwohl sich Burgstaller in der Frage des Strafgrundes des Versuchs grundsätzlich zu einem objektiven Ausgangspunkt bekennt und diesen nur ausbauen will, um Strafbarkeitslücken zu schließen, (Anm. 366) vertritt er bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch eine subjektive Lehre. Er folgt damit im Prinzip, wenn auch nicht im

362. Burgstaller JBl 69/530

363. Burgstaller formuliert seine Thesen zusammenfassend wie folgt: "Es kommt auf den Eindruck an, den das vom Täter gesetzte Verhalten auf einen unbeteiligten Zuschauer macht, der den Tatplan kennt. Scheint einem solchen Zuschauer die Deliktsvollendung möglich, liegt strafbarer Versuch vor; hält es sie für ausgeschlossen, bleibt das Verhalten des Täters straflos". (JBl. 69/529 ff)

364. Nowakowski hatte gegen die von Welzel geäußerte Auffassung, die Versuchsstrafe rechtfertige sich aus der Gefährdung der Rechtsordnung, eingewandt, bei der "Geltungswidrigkeit" handle es sich "um eine psychologische Nebenwirkung der Tat". JZ 58/415

365. Burgstaller JBl 69/529 Anm. 85

366. Tatsächlich verläßt Burgstaller diesen objektiven Ausgangspunkt, denn das Bedürfnis eine sogenannten "Strafbarkeitslücke" zu schließen, verrät nur die nicht bewußt gewordene Überzeugung, daß der auf einer objektiven Grundlage aufbauende Unrechtsbegriff zu eng ist.



Einzelnen, der Rechtsprechung des OGH, die die Frage des "Ob" der Bestrafung ebenfalls nach anderen Kriterien beantwortet als die Frage nach dem "Wann".

Während allerdings der OGH der Manifestationslehre anhängt, lehnt Burgstaller diese als zu weit ab (Anm.367) und schließt sich der Ansicht Nowakowskisan, die er unter Hervorhebung ihrer normativen Elemente ihrerseits von der eher psychologisierenden Abgrenzungstheorie Kadečkas und Roeders unterscheidet (Anm.368). Entsprechend diesem normativen Element stellt er darauf ab, " ob das verbrecherische Vorhaben bereits in ein Stadium getreten ist, in dem anzunehmen ist, daß der Täter die entscheidende Hemmungsstufe vor der Tatbegehung schon überwunden hat" (Anm.369). Freilich ist damit noch nicht das Problem gelöst, wie zu entscheiden ist, wenn zwar - unter Berücksichtigung der konkreten Täterpersönlichkeit - dieses Kriterium erfüllt ist, der Täter sich indessen noch nicht der Gegenwärtigkeit der Tatbegehung , des "jetzt tue ich es" , bewußt geworden ist. Der Abgrenzungsformel (Anm.370), die Burgstaller vorschlägt, läßt sich entnehmen, daß dieses Bewußtsein erforderlich ist. Geht man aber davon aus, ist der von Burgstaller hervorgehobene Unterschied der Lehre Nowakowskis einerseits und der Kadečkas und Roeders andererseits außerordentlich gering.

367. Burgstaller JBl 1969/534

368. Burgstaller JBl 1969/535

369. Burgstaller JBl 1969/535

370. Die Abgrenzungsformel lautet: " Versuch liegt vor, wenn sich das Verhalten des Täters, nach seinen Vorstellungen bereits als Ausführungshandlung dargestellt oder nach dem konkreten Tatplan unmittelbar in eine solche übergehen soll".

Zu der Frage des Rücktritts vom Versuch schließt sich Burgstaller, ohne dies in dem zitierten Aufsatz näher zu begründen, der herrschenden Auffassung an, die im Rücktritt einen Strafaufhebungsgrund sieht. Dies entspricht der inzwischen herrschenden Lehre, deren Argumente vor allem Platzgummer zusammengefaßt und gegen die Ansicht, der Rücktritt sei ein negatives Tatbestandsmerkmal verteidigt hat (Anm. 371). Platzgummer konnte dem OGH, der in mehreren Entscheidungen ebenfalls die Theorie vom negativen Tatbestandsmerkmal vertreten hatte, entgegenhalten, daß er sich dann gezwungen sah, den Konsequenzen dieser Ansicht auszuweichen, wenn es um die Bestrafung von Gehilfen an einer Straftat ging, von der der Haupttäter zurückgetreten war (Anm. 372).

Dem Grund der Straflosigkeit des (erfolgreich) zurückgetretenen Täters sieht Platzgummer in kriminalpolitischen Überlegungen. Theorien, die wie die sogenannte "Annulationstheorie" Tat und Rücktritt bei der strafrechtlichen Betrachtung zusammenfassen und den vorhanden gewesenen Willen rückwirkend für bedeutungslos erklären (Anm.373) lehnt er ebenso ab wie die sogenannte "Infirmitätstheorie" (Anm.374) und die in Deutschland vertretene "Prämientheorie" (Anm.375). Die Annulationstheorie findet keine Anerkennung, weil sie nach Ansicht Platzgummers über den bösen Willen als geschichtliche Tatsache hinweggehe und auch den zu ihrer Verteidigung vorgetragenen Gedanken, nicht der böse Wille als geschichtliches Ereignis werde ignoriert, vielmehr entfalle nur das mit dem bösen Willen vorhandene Unwerturteil (Anm.376), lehnt er ab, da das Schuldurteil nicht über den Charakter des Täters, sondern

371. Platzgummer . Der freiwillige Rücktritt vom Versuch und seine Behandlung in der Fragestellung der Geschworenen JBl 79(1957)/1 ff, 37 ff

372. So in OGH SST VI/141 und SST XX/120

373. So bereits Zachariae Lehre vom Versuch der Verbrechen II/240 ff

374. In Österreich vertreten von Malaniuk Lehrbuch S.221, Roeder Erscheinungsformen S.40

375. vergl. Jescheck LB § 51 I, H. Mayer AT. S. 294, ähnlich "Gnaden"- u. "Verdiensttheorie", Bockelmann NJW 55/1420

376. vergl. Kentsios strafrechtliche Abhandlungen Nr. 59/31, 33, 40, 58

über einen einzelnen Vorgang gefällt werde (Anm.377). Den Vertretern der Infirmitätstheorie wirft Platzgummer vor, sich mit psychologischen Erkenntnissen in Widerspruch zu setzen. Zudem habe diese Konstruktion zur Folge, daß beim unbeendigten Versuch der böse Wille präsumiert werde - eine Konsequenz, die von Lammasch tatsächlich gezogen worden ist (Anm. 378) und die von Platzgummer als unzulässige Vermutung zu Lasten des Täters verworfen wird (Anm.379).

Der Präsumptionstheorie hält Platzgummer schließlich entgegen, sie ließe sich nicht mit dem Gesetz vereinbaren, demgemäß nur die erfolgreiche Reue Straffreiheit bewirke. Billigkeitsgedanken dürften dagegen nicht vom zufälligen Eintritt oder Nichteintritt des Verbrechenserfolgs abhängen. Allein die Theorie der goldenen Brücke steht nach Platzgummer auf dem Boden des Gesetzes. Wie allerdings die Theorie der goldenen Brücke in den Fällen des untauglichen Versuchs anzuwenden sein soll, in Fällen also, in denen der kriminalpolitische Zweck, das konkrete Rechtsgut zu schützen, ohnehin nicht gefährdet ist, wird damit nicht erklärt.

#### IX. Die Stellungnahme zur Strafbarkeit des Versuchs in der Kommentar-Literatur

---

Vergleicht man die Kommentarliteratur zu § 8 StG mit den in Lehrbüchern, Monographien und Aufsätzen vorgetragenen Theorien, muß man feststellen, daß sie neue Ansätze zur Lösung der mit der Versuchsbestrafung im Zusammenhang stehenden Probleme nicht enthält. Die kleineren Kommentare von Kaniak und Foregger-Serini referieren im wesentlichen nur die Standpunkte von Lehre und Rechtssprechung und widmen der Begründung der "eigenen" Ansicht, die im übrigen nur die-

377. Platzgummer JBl 57/3

378. Lammasch . Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriffe des Versuchs S. 71

379. Platzgummer JBl 57/4

jenige des OGH wiederholt, allenfalls wenige Bemerkungen. Auf eine eingehendere Darstellung kann daher verzichtet werden. Mehr Beachtung verdient demgegenüber der ältere Kommentar von Altmann-Jacob aus dem Jahre 1928, da seine Auseinandersetzung mit den verschiedenen Versuchstheorien gründlicher ist.

Gänzlich neue Aspekte<sup>er</sup> geben sich allerdings auch hier nicht, denn das Hauptargument für die subjektive Versuchstheorie und die Bestrafung des untauglichen Versuchs - der Hinweis auf die Tatsache, daß eine Handlung ihre~~ursprüngliche~~ursprüngliche Kausalität nicht verlieren kann (Anm. 380) - war bereits 1928 allgemein geläufig. Weniger vertraut ist jedoch die Überzeugung, gerade die subjektive Theorie diene dem Rechtsgüterschutz, und es überrascht die daraus abgeleitete Forderung, den abergläubischen Versuch straflos zu lassen. Gemeint ist damit offenbar folgendes: An sich führt die subjektive Theorie ( und das beweist gerade ihre Unabhängigkeit vom Rechtsgutsbegriff) zur Bestrafung " abergläubischer Lächerlichkeiten" (Anm. 381), doch kann daraus kein Zwang für den Gesetzgeber hergeleitet werden, den abergläubischen Versuch auch tatsächlich unter Strafe zu stellen. Vielmehr kann er sich durchaus dogmatischen Notwendigkeiten entziehen und seine Wertentscheidung auf kriminalpolitische Erwägungen stützen. Diese kriminalpolitischen Erwägungen werden bei Einhaltung einer liberalen und aufgeklärten Grundeinstellung mit dem erstrebten Rechtsgüterschutz in Zusammenhang stehen, und es kann sich zuweilen als zweckmäßig erweisen, bestimmte Handlungsweisen von Strafe auszunehmen, wenn von der Strafdrohung ohnehin kein Rechtsgüterschutz zu erwarten ist. Bei Verwendung des Rechtsgutsbegriffs muß man sich allerdings darüber im klaren sein, daß er nicht als Element des Unrechtsbegriffs im dogmatischen Verbrechensaufbau, sondern als Umschreibung des Ziels der Kriminalpolitik verwandt wird. Als solcher hat er auch Bedeutung für eine Theorie , die in ihrer dogmatischen Begründung gerade

380. Altmann-Jacob StG S. 84

381. Altmann-Jacob StG S. 85

auf den Rechtsgutsbegriff verzichtet. So gesehen kommt für die subjektive Theorie der Gedanke des Rechtsgüterschutzes erst durch die Möglichkeit der Wiederholung des rechtswidrigen Angriffs ins Blickfeld, und es kann die Strafbarkeit des Täters verneint werden, der eine erfolversprechende Wiederholung des Angriffs nicht erwarten läßt.

Ist die Grundlage der im Kommentar von Altmann-Jacob vertretenen Versuchstheorie subjektivistisch, bleibt die Bemerkung, diese Ansicht entspreche im wesentlichen dem Ausgangspunkt des OGH(Anm.382) ebenso unverständlich wie der zustimmende Hinweis auf Fingers Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum(Anm.383), für den innerhalb der subjektiven Theorie kein rechter Platz ist. Tatsächlich nähert sich die Auffassung des Kommentars der des OGH bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch der gemäß der Versuchshandlung erkennen lassen soll, " daß es dem Täter mit der baldigen Verübung der beabsichtigten Übeltat ernst ist"(Anm.384).

Ein gewisser Unterschied ist allerdings nicht zu übersehen: Während die Abgrenzungsformel des Kommentars auf die Erkennbarkeit des festen verbrecherischen Willens abstellt und damit die Theorie des aktuellen Tatbewußtseins Kadečkas, Nowakowskis und Burgstaller vorbe-reitet, heb-t der OGH die Erkennbarkeit der Richtung als ausschlaggebend hervor, in der sich der Handelnde auf einen tatbestandlichen Erfolg zubewegt. Ob dieser Unterschied praktisch sehr bedeutsam ist, mag hier ebenso dahingestellt bleiben, wie die Frage, ob die Abgrenzungsformel des Kommentars mit dem objektiven Ausgangspunkt bei der Behandlung des Abgrenzungsproblems zu vereinbaren ist (Anm.385) und ob dieser Ausgangspunkt seinerseits mit der subjektiven Lehre zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs im Einklang steht."

382. Altmann-Jacob S.83

383. Altmann-Jacob StG S.86

384. Altmann-Jacob StG S.81

385. Altmann-Jacob StG S.79 führt aus: " Die Handlung, die zum Vorsatz hinzutritt, muß aber eine solche sein, daß sie zur wirklichen Ausübung der Übeltat führen soll und an sich dazu führen könnte."



X. Die Reform des StG und die neure Rechtsprechung des OGH  
zum Versuch

---

Ebenso wie in Deutschland hat es auch in Österreich eine vom Justizministerium eingesetzte Kommission, der Vertreter der Wissenschaft und der Praxis angehören, unternommen, einen Reformvorschlag für ein neues Strafgesetz auszuarbeiten. Naturgemäß liegt auch in Österreich das Schwergewicht dieser Reform auf kriminalpolitischem Gebiet, doch bot sich von vornherein eine Überarbeitung auch der Vorschriften an, die der Sache nach ohne größere inhaltliche Veränderung weiter gelten sollen.

Darüber, daß das österreichische Strafrecht eine allgemeine, die Bestrafung des Versuchs enthaltende Vorschrift beibehalten solle, war man sich von vornherein einig. Diskutiert wurde nur darüber, ob die Ergebnisse der Rechtsprechung Eingang ins Gesetz finden sollten oder ob zweckmäßigerweise ein neuer Weg zu beschreiten sei. Bevor auf diese Auseinandersetzung im einzelnen eingegangen wird, ist ein Blick auf einige neuere Entscheidungen erforderlich, um beurteilen zu können, wie sehr die Rechtsprechung unter dem Einfluß der Wissenschaft ihre ursprüngliche Linie verlassen hat.

Ursprünglich hatte sich die Rechtsprechung nahezu unbeeinflusst von der Wissenschaft entwickelt und - wie bereits oben dargestellt - auf folgende Grundsätze festgelegt: Die Strafbarkeit des Versuchs bestimmt sich nach der objektiven, die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung richtet sich nach einer subjektiven Theorie. Der Rücktritt wurde als negatives Tatbestandsmerkmal aufgefaßt.

Von diesem Standpunkt ist die Rechtsprechung des OGH bis heute nicht grundsätzlich abgewichen. Insbesondere hält sie bis heute an der Unterscheidung zwischen absolut und relativ untauglichem Versuch fest und bejaht in der Regel die Strafbarkeit mit dem Argument, das in concreto wirkungslose Mittel sei nicht schlechthin und in jedem Fall notwendig wirkungslos. So wurde wegen Abtreibungsversuch bestraft, weil die chininhaltigen Grippentabletten, von denen die Schwangere einige eingenommen hatte, nicht als absolut

untaugliche Abtreibungsmittel angesehen wurden (Anm.386). Der Tötungsversuch mit unzureichenden Mitteln wurde als strafbar (Anm.387) und plump gefälschte Täuschungsmittel wurden als relativ tauglich betrachtet (Anm.388).

Auch die Unterscheidung zwischen überhaupt nicht existentem und nicht am erwarteten Ort befindlichen Objekt hat der OGH aufrecht erhalten. Ein Eingriff in die Gebärmutter wurde etwa als versuchte Abtreibung gewertet, obwohl eine extrauterine Schwangerschaft vorlag. (Anm.389)

Diese Tendenz, den Strafbarkeitsbereich auszudehnen, findet ihre Grenze in der Straflosigkeit des untauglichen Subjekts (Anm.390). Zwar stützt sich diese in mehreren Entscheidungen des OGH vertretene These nicht auf ein bestimmtes Normverständnis etwa dergestalt, daß beim "Versuch" des untauglichen Täters jegliche Verpflichtung zu anderem Verhalten durch die Norm fehle, in Österreich ist jedoch die Theorie vom Mangel am Tatbestand nie völlig begraben worden und so wenig sie Bedeutung für die Behandlung des absolut oder relativ untauglichen Versuchs gewonnen hat - hierbei hat der OGH auf seine Argumentation mit der Pseudokausalität<sup>verdrängt</sup> - so hat sie in diesem Zusammenhang doch Früchte gezeitigt.

386. OGH ÖJZ 1962 Ev.Bl.Nr. 104 , ebenso OGH ÖJZ 1955 Ev.Bl.Nr.93

387. OGH ÖJZ 1960 Ev.Bl.Nr.121

388. OGH ÖJZ 1966 Ev.Bl.Nr.268 ferner ÖJZ 1961 Ev.Bl.Nr.208 und Nr. 260, 1970 Ev.Bl.Nr. 370, schließlich ÖJZ 1953 Ev.Bl.Nr.325, 1951 Ev.B.Nr. 136 und SST XIX /77 (1950)

389. OGH ÖJZ 1964 Ev.Bl.Nr.374. Ferner (Diebstahlsversuch, Objekt befand sich vorübergehend nicht am Tatort ) OGH ÖJZ 1964 Ev.Bl.Nr.153. Weiterhin SST XXII (1953) / 93 OGH JBl 1949/187 Weitere Entscheidungen zum Versuch mit relativ und absolut untauglichen Mitteln und am untauglichen Objekt: OGH ÖJZ 1969 Ev.Bl.Nr.365, Ev.Bl.Nr. 367. ÖJZ 1964 Ev.Bl.Nr.94; SST XXIV (1953)/62; ÖJZ 1952 Ev.Bl.Nr.327; ÖJZ 1950 Ev.Bl.Nr.332; SST XIX (1950)/169; ÖJZ 1948 Ev.Bl.Nr.147; ÖJZ 1946 Ev.Bl.Nr.444.

390. Nach OGH ÖJZ 1961 Ev.Bl.Nr. 158 (Begründung) kann ein beischlaf-unfähiger Mann eine Schändung auch nicht versuchen. Ebenso bereits OGH ÖJZ 1951 Ev.Bl.Nr.97 = JBl 1951/241.

Auch bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch hat der OGH seinen ursprünglichen Standpunkt grundsätzlich beibehalten und Versuch dann angenommen, wenn der verbrecherische Vorsatz klar zu erkennen ist. Daß dabei häufig der Vorsatz nicht aus der Eigenart der Tat als solcher, sondern mehr aus den sie begleitenden Tatumständen erschlossen wurde und daß nicht selten das spätere Geständnis des Vorhabens ein ganz unverfängliches Verhalten in einem anderen Licht erscheinen ließ, zeigt die bemerkenswerte Entscheidung des OGH aus dem Jahre 1969, in der wegen Schändungsversuchs ein Mann verurteilt wurde, der in der Absicht, ein 11 1/2jähriges Kind am Geschlechtsteil zu berühren, dieses mit den Worten angesprochen hatte: "Willst Du Dir nicht ein kleines Taschengeld verdienen, 50 Schilling hätte ich für Dich übrig" (Anm.391). Aus diesem Satz läßt sich der sogenannte dolus ex re kaum herleiten (Anm.392). Ebenso wenig wird man einem Mann, der durch die Stadt spaziert, ansehen können, daß er einen Einbruchdiebstahl plant und nicht jeder, der ein Auto anhält, kann als mutmaßlicher Täter eines Raubversuchs angesehen werden. Und doch hat der OGH jeweils wegen Versuchs bestraft (Anm.393).

391. OGH ÖJZ 1969 Ev.B.Nr. 189. In der Begründung wird die Bedeutung der Begleitumstände für die Erkennbarkeit des Vorsatzes hervorgehoben: Versuch läge vor, "wenn der verbrecherische Vorsatz im - allerdings nicht isoliert, sondern unter Bedachtnahme auf Begleitumstände aller Art zu betrachtenden - äußeren Verhalten des Täters eine klar erkennbare Darstellung fand und der Verhaltensakt - nach den Vorstellungen des Handelnden - in unmittelbarer, sinnfälliger Beziehung zum tatbestandsmäßigen Unrecht steht oder - nach dem Plan des Täters - unmittelbar, ohne Zwischenstation, in ein derartiges Verhalten übergehen soll, der Täter also eine "zur wirklichen Ausübung führende "Handlung in der Bedeutung des § 8 StG unternimmt". Die Schwächen der dolus ex re Lehre werden durch das neu eingeführte -freilich ins Subjektive abgemilderte-Element der Unmittelbarkeit überspielt. Eine gewisse Annäherung an die Theorien Kadečkas und Nowakowskis ist nicht zu übersehen. Die Begründung findet sich wörtlich auch in der ebenfalls einen Schändungsversuch betreffenden Entscheidung des OGH ÖJZ 1969 Ev.Bl.Nr.365. Zur Abgrenzungsfrage ähnlich weiterhin: OGH ÖJZ 1966 Ev.Bl.Nr.269, ÖJZ 1964 Ev.Bl.Nr.15, ÖJZ 1962 Ev.Bl.Nr.174, wo allerdings verlangt wird, daß das äußere Geschehen sich "nur (!) unter der Annahme eines auf die Verwirklichung eines strafgesetzlich verpönten Erfolges gerichteten Vorsatzes erklären läßt"- eine Forderung, die nahezu nie erfüllt ist. Ferner OGH ÖJZ 1961 Ev.B.Nr.314.
392. Im Jahre 1957 hatte der OGH daher auch noch die Aufforderung des Täters an ein 12jähriges Mädchen, zu ihm zu kommen, noch nicht als Schändungsversuch angesehen, da der auf die Schändung gerichtete Vorsatz noch nicht klar in Erscheinung getreten sei (OGH JB1 1957/221)

Eher läßt sich dagegen der Tatvorsatz bei Delikten wie Urkundenfälschung, Betrug u.ä. erkennen, wenn der Täter vor Verübung der Tat das Täuschungsmittel anfertigt, sich beschafft oder bei sich trägt. In derartigen Fällen hatte der OGH keine Mühe, Versuch anzunehmen (Anm.394).

Zur Eigenart der *dolus ex re* Lehre gehört es, daß nach ihren eigenen Prinzipien zuweilen ein Verhalten als Versuch qualifiziert werden müßte, daß noch weit von der geplanten Tatausführung bzw. dem angestrebten Taterfolg entfernt ist, jedoch die Richtung auf diesen Erfolg klar erkennen läßt. Holt etwa eine Frau Erkundigungen ein, welcher Arzt zu einer Abtreibung bereit sei, läßt sie über ihren Verbrechensplan kaum Zweifel offen. Lediglich die, - aus der Sicht der *dolus ex re* Lehre irrelevante - Frage, ob der Verbrechensentschluß in diesem Fall bereits ein endgültiger ist, und ob die Frau gar ein aktuelles Tatbewußtsein hat, ist noch unbeantwortet und eine verneinende Antwort müßte die Annahme eines Versuchs ausschließen. In einer Entscheidung aus dem Jahre 1962 (Anm.395) hat sich der OGH offenbar diese Frage gestellt und ist zu dem Schluß gekommen, die "Bemühung zur Ausfindigmachung eines zur Vornahme eines verpönten Eingriffs" an der Schwangeren" mangels Konkretisierung der Tat nach Zeit, Ort und Art ihrer Ausführung bloß eine straflose Vorbereitungshandlung" sei und er hat diese Erkenntnis zu dem allgemeingültigen Satz verdichtet: "Handlungen, wie etwa das Bemühen um die Ausfindigmachung eines zu einer Abtreibung bereiten Arztes, sind nicht nur nicht erfolgshnah, sie bringen auch nicht den Willen des Täters ... eindeutig in Erscheinung"- eine Behauptung, die die Bemühung einen der *dolus ex re* Lehre an sich fremden Gedanken mit dieser zu verbinden, deutlich spüren läßt.

394. OGH ÖJZ 1968 EV.Bl.Nr.311, ÖJZ 1966 EV.Bl.Nr.527; SST XX (1959)/102 ; ÖJZ 1959 Ev.Bl.Nr.207

395. OGH ÖJZ 1962 Ev.Bl.Nr.299

Immerhin hat der OGH damit einen Weg eingeschlagen, der die ursprünglich von ihm vertretene Manifestationstheorie teilweise verläßt und auf den Standpunkt Nowakowskis einschwenkt. Das zeigt sich deutlich an der Begründung einer OGH-Entscheidung, die an sich das Problem des bedingten Wollens betrifft, dieses jedoch allein unter dem Aspekt der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch behandelt (Anm.396): Der Täter hatte ein Werk bestellt, dessen Inhalt er nicht kannte, von dem er aber annahm, daß es unzüchtig sei. Infrage kam eine Bestrafung wegen versuchten Verstoßes gegen § 1 des Pornographie-Gesetzes. Der OGH verneinte die Strafbarkeit und führte dazu aus: "Solange sich der Angeklagte noch nicht zwischen diesen Möglichkeiten entschieden hat (so. Verwertung des Werkes oder Nichtverwertung), kann von einem Handlungsentschluß, mit dem er die für die Annahme eines strafbaren Versuchs entscheidende Hemmungsstufe überschritten hat (Nowakowski Grundzüge S. 92), nicht gesprochen werden."

Während also bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch eine leichte Modifikation der Rechtsprechung zu bemerken ist, hält der OGH bei der Behandlung des dritten Hauptproblems im Rahmen der Versuchsdogmatik, den Rücktritt vom Versuch an der bereits früher verwandten (Anm.397) Frank'schen Formel fest und sieht einen strafbefreienden Rücktritt dann nicht als gegeben an, wenn sich der Täter nur "irrtümlich zur Erreichung des Ziels außer Stande sah bzw. wenn der Täter ein Hindernis irrtümlich als bestehend annahm" (Anm.398).

396. OGH ÜJZ 1968 Ev.Bl.Nr.154

397. OGH SST II/10, SST IV/1, SST VIII/85, SST XXV/27. Auf diese Entscheidungen wird in OGH ÜJZ 1965 Ev.Bl.Nr.276 ausdrücklich Bezug genommen.

398. Aus der Begründung von OGH ÜJZ 1965 Ev.Bl.Nr.276 und ebenso: OGH ÜJZ 1969 Ev.Bl.Nr.401 und JB1 1952/185



Dieses Abstellen auf die psychische Situation, in der sich der Täter befindet, beantwortet indessen nicht alle Fragen. Nicht selten führt ein ganzes Bündel von Motiven und Zwängen zum Abstehen von der Tat, so daß schwer zu entscheiden ist, ob der Rücktritt auf einem eigenen Antrieb des Täters beruht und damit freiwillig ist oder ob ein tatsächliches oder eingebildetes Hindernis Ursache des "Rücktritts" war. Der OGH hat es abgelehnt, nach dem Überwiegen des freiwilligen oder unfreiwilligen Teils der Rücktrittsmotivation zu fragen und verlangt, daß der Rücktritt "aus eigenem Antrieb des Täters und ausschließ-lich aufgrund innerer Erwägungen geschieht" (Anm.399). Damit nicht genug stellt der OGH an die Freiwilligkeit noch insoweit weitere Anforderungen, als er freiwilligen Rücktritt vom Notzuchsversuch offenbar dann nicht anerkennen will, wenn der Täter (unter anderem auch) durch das als List gebrauchte Versprechen der Frau, ihm später zu Willen zu sein, veranlaßt wird, den gegenwärtigen Angriff abzubrechen (Anm.400). Hält der Täter dagegen aufgrund eines psychischen Appells in der Ausführung seines Mordanschlags inne, etwa weil er von dem Opfer an gemeinsame Kinder erinnert wird, geht er auch nach Ansicht des OGH - von bereits erfüllten Straftatbeständen abgesehen - straffrei aus (Anm.401). Das gleiche soll gelten, wenn der Täter von der Beute abläßt, weil ihm diese zu gering erscheint. (Anm.401.a)

In zwei Fällen nützt dem Täter allerdings das freiwillige Bemühen, die Tat ungeschehen zu machen oder den Taterfolg zu verhindern nichts: Beim beendeten Versuch ist nach dem OGH der Rücktritt vom Versuch begrifflich nicht möglich (Anm.402) und bei einer in Mit-399. OGH ÖJZ 1964 EV.Bl.Nr.350

400. Ganz eindeutig ist diese ( in Anmerkung 386 zitierte) Entscheidung allerdings nicht, denn der OGH glaubt den Rückzug vor allem durch den Widerstand des Opfers verursacht.

401. OGH ÖJZ 1964 Ev.Bl.Nr.223

401a OGH SST XX(1951)/116

402. OGH ÖJZ 1960 Ev.Bl.Nr.169. Der beendigte Versuch soll nach der in der Begründung der Entscheidung gegebenen Definition vorliegen, " wenn der Täter alles getan hat, was zur Herbeiführung eines tatbildmäßigen Erfolgs der von ihm gewollten Art seinerseits erforderlich erscheint, es aber am Erfolg mangelt. Tätige Reue bei voll beendigtem Versuch durch Abwendung des Erfolgs hält dagegen OGH SST XXI (1952)/75 für möglich.

ater- oder Gehilfenschaft begangenen Straftat genügt nicht die Rücknahme des eigenen Tatbeitrags, vielmehr befreit nur die Vereitelung des Erfolgs durch den Mittäter oder Gehilfen von Strafe (Anm.403).

Das Beharren des OGH auf seiner Rechtsprechung, die fast völlig fehlende Bereitschaft, sich mit den von der Wissenschaft hervor-gebrachten Theorien und Anregungen auseinanderzusetzen, scheint von den Mitgliedern der Reformkommission in Österreich als Ausdruck einer im Standpunkt des OGH innewohnenden Richtigkeit aufgefaßt worden zu sein. Wie aus dem amtlichen "Entwurf eines Strafgesetzes, Allgemeiner Teil" aus dem Jahre 1964 hervorgeht (Anm.404), war man sich bei den Beratungen von vornherein weitgehend einig, daß es Aufgabe der Modifikation sein sollte, der Rechtsprechung zur Strafbarkeit des Versuchs Eingang in das Strafgesetz zu verschaffen. Daß dieses Ziel nicht ohne Schwierigkeiten und Auseinandersetzungen zu erreichen war, lag daran, daß einmal die Anhänger der subjektiven Versuchstheorie ihrer Überzeugung nicht völlig untreu werden wollten und - vielleicht in noch größerem Ausmaß - daran, daß die Ergebnisse, zu denen der OGH in seinen Entscheidungen gekommen war, die dogmatische Konzeption, die ihnen zugrunde lag, nicht immer deutlich zu erkennen gab, daß viel-mehr häufig Begründungen gegeben worden waren, die das Ergebnis nicht tragen konnten.

Ursprünglich hatten Kadečka und Nowakowski, die ebenso wie Rittler, Malaniuk und weitere Strafrechtslehrer der Reformkommission angehörten, in Einzelentwürfen versucht, das beratende Gremium für eine subjektive Theorie einzunehmen (Anm.405). In der Begründung ihrer

403. OGH JBl<sup>1</sup> 1955 /205. Vergleiche ferner OGH ÖJZ 1959 Ev.Bl.Nr.25 OGH SST XXIV (1955)/47, OGH SST XIX (1950)/70 und 175

404. Vergleiche S.30. Vergleiche auch Protokolle 1955 S.1046 (vom 12.- 14.5.1955) und Protokolle 1961 (vom 13. und 14.5.1961) S.305 ff

405. Der Vorschlag Kadečkas zu einer Neufassung der Versuchsbestimmung lautete: "§ 16. Eine mit Strafe bedrohte vorsätzliche Handlung ist nicht nur dann strafbar, wenn sie vollendet, sondern auch dann, wenn sie bloß versucht worden ist. Die Strafbarkeit beginnt mit dem Augenblick, woder Täter seinen Entschluß, die strafbare Handlung zu begehen, durch Handlungen betätigt, die sie nicht erst vorbereiten, sondern schon zur wirklichen Ausführung seines Entschlusses gehören oder nach dem Sachverhalt, den er sich vorstellt, gehören werden. Könnte der Versuch schon wegen der Art des angewandten Mittels unter keinen Umständen zur Vollendung führen, so bleibt er straflos, wenn sich aus den Umständen ergibt, daß es dem Täter an Verstand oder an Mut gebricht, die Tat mit einem tauglichen Mittel zu wiederholen". Der Vorschlag Nowakowskis lautete: "§a-Strafbarkeit des Versuchs Eine mit Strafe bedrohte Handlung ist auch dann strafbar, wenn

Entwürfe wiesen beide Autoren übereinstimmend auf das Schuldprinzip hin, dem eine subjektive Versuchslehre mehr als eine objektive entspräche (Anm. 406). Während aber Kadečka im übrigen die subjektive Lehre gegen den Vorwurf verteidigte, sie sei eine Ausprägung des national-sozialistischen Willensstrafrechts - ein Verdacht, den seinerzeit auch Kadečka genährt hatte (Anm. 407) - und die Unzulänglichkeiten der objektiven Lehre herausstellte (Anm. 408), vertiefte Nowakowski den dogmatischen Ansatzpunkt der subjektiven Lehre. Dieser Ansatzpunkt liegt seiner Ansicht nach in einer materiellen Betrachtungsweise der Rechtswidrigkeit. Fordere man eine Teilverwirklichung des Tatbestandes wie Rittler als Vertreter der Theorie vom Mangel am Tatbild, verzichte man zugunsten eines rein formalen Kriteriums auf jede Frage nach dem Seinsgrund der Versuchsstrafe. Statt einer Begriffsbestimmung des

sie nur versucht worden ist.

Eine Tat versucht, wer den Vorsatz, sie zu begehen, durch Handlungen betätigt, die nach seinen Vorstellungen den Anfang der Ausführung unmittelbar dieser Tat oder der Veranlassung oder Unterstützung ihrer Begehung durch einen anderen bilden sollen; im zweiten Fall jedoch nur, wenn die Ausführung, Veranlassung oder Unterstützung der Tat durch den anderen keine neuerliche Tätigkeit des Handelnden selbst voraussetzt.

Wurde die Tat unter solchen Umständen oder auf solche Weise versucht, daß die Vollendung von vornherein auszuschließen war, so kann die Tat gemildert oder kann von Strafe abgesehen werden, wenn die Begehungsweise auf einer besonderen Geringfügigkeit der Schuld beruhte".

"§ b Rücktritt. Wegen Versuchs wird nicht bestraft, wer aus feien Stücken seine Versuchshandlung aufgegeben hat, so daß die Tat infolgedessen nicht vollendet wurde oder die Vollendung der Tat verhindert hat."

406. Kadečka Entwurf eines Strafgesetzes in "Einzelentwürfe" S.13 und Nowakowski Entwurf eines Strafgesetzes in "Einzelentwürfe" S.2.

407. Vergleiche Kadečka ZStW 59/1 ff

408. Kadečka führte in der Begründung seines Entwurfes aaO S.17 folgendes eindrucksvolle Beispiel an: Der Täter will seinen Feind erschießen. In dem einen Fall verwechselt er den Feind mit einem Baum, auf den er den Schuß abgibt, in dem andern Fall trifft er ebenfalls den Baum, nicht jedoch, weil er diesen für seinen Feind gehalten hat, sondern weil er schlecht gezielt hat. Er stellt die Frage: "Warum ein infolge falschen Visierens statt auf den Feind auf den Baum gerichteter Schuß tauglicher sein soll, den Feind zu töten, als ein infolge einer Verwechslung auf den Baum gerichteter" und er meint: "Objektiv sind die beiden Handlungen völlig identisch. Der Unterschied liegt nur in der Art des Irrtums, in dem der Täter befangen ist, also in etwas rein Subjektivem, das die Rechtswidrigkeit der Tat weder begründen noch aufheben kann".- Die Richtigkeit dieser Feststellung läßt sich freilich bezweifeln: Auch in objektiver

Versuchs könne Rittler nur ein Postulat der Rechtssicherheit anbieten (Anm.409). Die Begriffsbestimmung müsse beim Versuch vom Vorsatz und damit von Schuld ausgehen. Die objektive Gefährdung, die im Einzelfall eintreten mag, füge dieser Definition nichts hinzu und es sei lediglich eine rechtspolitische Frage, ob in den Fällen, in denen jede Gefährdung ausgeblieben sei, das Strafbefürfnis verneint werden könne (Anm.410).

nicht

Es soll hier Stellung zu der Frage bezogen werden, ob eine derartige materiale Verankerung des Versuchsbegriffs tatsächlich unabdingbar ist, wie es Nowakowski offenbar annimmt. Vertreten läßt sich ebenso, gerade den formalen Charakter der Rechtssätze zu betonen und jegliches Eindringen metajuridischer Elemente in die Normen abzuwehren (Anm.411). Der Unrechtsbegriff und mit ihm der Versuchsbegriff sind so durchaus definitionsfähig, wie im ersten Teil der Arbeit gezeigt worden ist (Anm.412). Es soll ferner an dieser Stelle das Problem nicht behandelt werden, ob die materiale Betrachtungsweise von Rechtsbegriffen überhaupt ohne ein Abgleiten in rechtspolitische Stellungnahmen denkbar ist und es soll nicht die Frage offen bleiben, wie offen Nowakowskia eigener, an Belings Dogmatik orientierter Rechtswidrigkeitsbegriff gegenüber materialen Elementen ist.

Nowakowski hat jedenfalls die saubere Trennung von Dogmatik und Rechtspolitik, um die auch er sich mit der gesonderten Behandlung der Strafwürdigkeit des Versuchs bei fehlender Gefährdung offenbar

Hinsicht läßt sich ein Unterschied im Grad der Gefährdung erkennen. Nur wenn auch in dem Fall der Verwechslung von Baum und Feind der Feind tatsächlich in der Nähe des Baumes -etwa in dessen Schatten - steht, vom Täter aber nicht bemerkt wird, entfällt der Unterschied der Gefährdung. Daß das Beispiel dennoch gegen die objektive Theorie gewandt werden kann, hängt damit zusammen, daß trotz gleicher Gefährdung die Bestrafung des Täters im Verwechslungsfall nicht sicher ist. Geht man nämlich von den Grundsätzen der Lehre vom Mangel am Tatbestand aus, bleibt es dabei, daß das anvisierte Ziel ( der Baum)kein tatbildmäßiges Objekt ist. Nur das anvisierte , nicht das zufällig ebenfalls zugegene taugliche Objekt kann nämlich auf die Tatbildmäßigkeit untersucht werden, denn auch die Lehre vom Mangel am Tatbestand muß vom Entschluß des Täters ausgehen und kann nur untersuchen, ob dieser Entschluß in der objektiven Verwirklichung eine tatbestandsmäßige Entsprechung findet.Neben der tatbestandslosen fahrlässigen Lebensgefährdung wäre ein weiterer Straftatbestand also nicht erfüllt.

409. Nowakowski in Protokolle 1955 S.976

410. Nowakowski aaO (s.Anm.409)

411. Rittler hat das positivistische Fundament seiner Strafrechtslehre in seinem Lehrbuch mehrfach hervorgehoben.

412. Vergleiche oben S.



bemüht hat, nicht einhalten können, denn wenn er in der "Ausführungsschuld" den Grund sieht, " weshalb wurden Versuch überhaupt bestrafen wollen," macht er eine in erster Linie rechtspolitische Aussage (Anm.413).

Ein größeres Interesse verdient die Frage, warum Nowakowski sich auf dem Boden seiner Lehre stets geweigert hat, den Schritt zum Finalismus zu tun. In dem zitierten Diskussionsbeitrag hat er klar zu erkennen gegeben, daß er die Begriffsbestimmung des Versuchs aus dessen Natur ableiten will und daß er im Vorsatz eben jenen gesuchten Kern der Natur der Sache erblickt - eine Erkenntnis, die herauszustellen die Finalisten bekanntlich nicht müde werden. Die Finalisten leiten aus dieser ontologischen Vorgegebenheit des Handelns, der das Strafgesetz in Gestalt des Versuchsbegriffs Eingang in das Recht gewährt habe, Folgerungen für den Unrechtsbegriff ab. Erst hier trennen sich die Wege Nowakowskis und der Finalisten. Nowakowski leugnet den Zusammenhang von Unrechtsbegriff und ontologischen Gegebenheiten, was durchaus möglich ist, wenn man die Normen nicht als Bestimmungs- sondern als Bewertungsnormen auffaßt. Welchen Anlaß hat aber Nowakowski, auf die Natur der Sache zurückzugreifen, um Rechtsbegriffe zu bestimmen, wenn es ihm auf eine Verankerung des Unrechtsbegriffs, dem Zentralbegriff des Strafrechts, in ontologischen Vorgegebenheiten überhaupt nicht ankommt? Nur im Hinblick auf einen entsprechenden Unrechtsbegriff hätte das von Nowakowski vorgebrachte Argument gegenüber einer "formalen Versuchslehre" Gewicht.

Rittler hat in der Diskussion um die Neufassung des Versuchsparagraphe vor allem auf das Gebot der Rechtssicherheit verwiesen, das sich im Satz nullum crimen sine lege ausdrückt und dem nur eine objektive Lehre gerecht werde (Anm.414). Ob allerdings gerade

413. Nowakowski aaO (s.Anm.409)

414. Erschlug folgende Formulierung vor (Protokolle 1955 S.987, 1254): "Versuch liegt nur vor, wenn z.Zt der Handlung alle für das Tatbild wesentlichen Umstände tatsächlich gegeben sind mit der Ausnahme des zur Vollendung gehörigen Erfolges, so insbesondere der im Tatbild genannte Gegenstand der Handlung und das im Tatbild genannte Mittel. Bei einem Mangel am Tatbild bleibt die Handlung straflos". Nowakowski hielt Rittler die Frage entgegen (S.992), " ob das Bedürfnis nach Rechtssicherheit so groß ist, daß das kolossale Opfer an Gerechtigkeit, am Schuldprinzip und an der Möglichkeit der Resozialisierung bei gleichem Resozialisierungsbedürfnis gerechtfertigt werden kann".



die Lehre vom Mangel am Tatbild die Erwartung größerer Rechtssicherheit erfüllen kann, ist sehr zweifelhaft. Wie Rittler selbst bemerkt hat (Anm.415), kennen die meisten Tatbestände kein bestimmtes Mittel. Um in diesen Fällen die Theorie vom Mangel vom Tatbild nicht völlig bedeutungslos werden zu lassen, hat er Mangel am Tatbild dann bejaht, " wenn das angewendete Mittel in so krassem Widerspruch zu dem Sinn der Handlung steht, die der Täter setzen will, daß man sagen muß, damit ist der Charakter der Handlung, wie er im Gesetz bezeichnet ist, als Irreführungshandlung oder als Wegnahmehandlung nicht erfüllt".

Obwohl es sich hierbei um ein sehr vages Kriterium handelt, ist die Mehrheit der Kommissionsmitglieder dennoch Rittler insoweit gefolgt, als sie sich für eine objektive Versuchslehre entschieden hat (Anm.416) Allerdings wollte man allgemein den Griff in die leere Kasse nicht straflos lassen. Auf dem Vorschlag Kadečkas hin einigte man sich daher auf folgende Fassung, der die Strafbarkeit des Versuchs betreffende Vorschrift (Anm.417):

"Versuch

§ 16 Strafdrohungen gegen vorsätzliche Handlungen gelten nicht bloß für die vollbrachte, sondern auch für die versuchte Tat, vorausgesetzt, daß die Vollbringung nur wegen Unvermögenheit des Täters, wegen Dazwischenkunft eines fremden Hindernisses oder durch Zufall mißlungen ist".

Die im 2.Absatz des § 6 vorgesehene Abgrenzungsformel für die Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch zeigt, daß die Reformkommission nicht gewillt war, der Ausdehnung des Versuchsbereichs, die der OGH durch die Anwendung der "Eindeutigkeitstheorie" gefordert hatte, weiteren Vorschub zu leisten. Sowohl die Anhänger der aub-

415. Protokolle 1955 S.1039

416. Protokolle 1955 S.1046

417. E 1960 § 16

jektiven als auch diejenigen der objektiven Versuchstheorie stimmten vielmehr für strengere Maßstäbe (Anm.418). Da allerdings die Mehrheit der Kommissionsmitglieder bei der Behandlung des untauglichen Versuchs für eine objektive Theorie votiert hatten und da die Subjektivisten der Ansicht waren, daß die Stellungnahme zum Wesen des Versuchs im Sinne der subjektiven oder objektiven Theorie auch über die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch entscheide (Anm.419), mußten sie von ihrer ursprünglichen Forderung, das Bewußtsein, die Tat als gegenwärtige zu begehen, für maßgeblich zu erachten, abgeben. Stattdessen einigte man sich auf folgende Formel die kaum geeignet scheint, die sich aus dem Wortlaut des geltenden § 8 StG ergebenden Unklarheiten zu beseitigen:

"Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen, oder einen anderen dazu zu bestimmen, durch eine Handlung betätigt, die nicht erst der Vorbereitung dient, sondern schon zur wirklichen Ausübung seines Vorhabens gehört".

Eine deutliche Änderung ist ebenfalls bei der in erster Lesung beschlossenen Rücktrittsvorschrift zu bemerken, wenn man sie mit der Rechtsprechung des OGH vergleicht. Der OGH hatte, wie erwähnt, die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts dann verneint, wenn der Versuch beendet war oder wenigstens feststand, daß der angestrebte Erfolg ohnehin nicht mehr eintreten konnte. Demgegenüber war man in der Strafrechtsreformkommission der Auffassung, daß auch der Täter sich Straffreiheit verdient habe, der in Unkenntnis der Unmöglichkeit des Erfolgseintritts sich um dessen Abwendung bemühe.

Zwar gaben die Gegner der Infirmitätstheorie (Anm.420) zu bedenken daß eine konsequente Durchführung dieses Gedankens dazu führen müßte den Täter wegen seines Gesinnungswandels auch dann zu honorieren, wenn seine innere Umkehr nicht im Stande war, den Erfolg abzuwenden. Andererseits bedeutet die Theorie, nach der der Täter belohnt

418. Nowakowski Protokolle 1955 S.1010, Kadečka Protokolle 1955 S.101

419. Nowakowski Protokolle 1955 S.975

420. Nowakowski Protokolle 1955 S.1061 ff. Nowakowski lehnte in den Erläuterungen zu seinem Einzelentwurf (S.9) jede Verknüpfung von Berücksichtigung des Rücktritts und Schuldprinzip bzw. Gerechtigkeit ab. Gegen die Infirmitätstheorie wandte er ein: "Wurde die Vollendung durch ein Hindernis in einem Zeitpunkt ausgeschlossen, da der Rücktritt andernfalls noch möglich gewesen wäre, so würde die Bestrafung auf einer Schuldvermutung beruhen".

wird, weil er die von ihm heraufbeschworene Gefahr wieder beseitigt, nichts anderes, als daß der Täter schlechter gestellt wird, der von vornherein eine Gefahr nicht verursacht hat, diese also auch nicht aus der Welt schaffen kann. Um die Rücktrittsvorschrift einerseits nicht ihres rechtspolitischen Charakters zu entkleiden, andererseits nicht den Täter einer bloßen Zufalls-haftung auszusetzen, einigten sich die Kommissionsmitglieder daher auf den Vorschlag Kadečkas (Anm.421):

"Rücktritt § 17

Der Versuch ist daher insbesondere straflos, wenn der Täter aus freien Stücken die Ausführung aufgibt oder, wenn mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er aus freien Stücken den zur Vollendung gehörigen Erfolg abwendet.

Unterbleibt die Ausführung oder der Erfolg ohne Zutun des Täters, so genügt, solange er das nicht weiß, zu seiner Straflosigkeit sein ernstliches Bemühen, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden".

Damit war ein alle wesentliche Probleme der Versuchsdogmatik behandelnder Entwurf in erster Lesung erstellt worden. Eine Reihe von Entwürfen der Kommissionsmitglieder blieb damit unberücksichtigt und soll hier nicht eingehender referiert werden (Anm.422).

421. Kadečka Einzelentwürfe § 17 und Protokolle S.1070; E 1960 § 17

422. Auffallend ist, wie häufig auf die Erkennbarkeit, Eindeutigkeit der Versuchshandlung zurückgegriffen wurde (so in dem Vorschlag von Ertl (Unterlage Nr.14), Graßberger (Unterlage Nr.14 Tschadek (Unterlage Nr.17)). Die Tendenz der Entwürfe ging zu meist dahin, daß die Versuchsbestrafung nach der Tauglichkeit der Handlung zu bestimmen. Nach Ertl (Unterlage Nr.16) und Tschadek aaO. sollte Tauglichkeit als Geeignetheit verstanden werden, wobei Ertl präziserte, daß der Täter straflos bleibe, "wenn sein Tun nach den Erfahrungen des täglichen Lebens keine Aussicht auf Erfolg hatte" - ein bedenklicher Standpunkt, da die täglichen Erfahrungen (wessen?) nicht selten zur Beurteilung einer Gefährdung nicht hinreichen dürften. Graßberger aaO. versuchte die Fälle des Wahnverbrechens und des abergläubischen Versuchs durch eine positive Regelung aus dem Strafbarkeitsbereich zu eliminieren; wegen Versuchs sei nicht zu bestrafen, "1. wer sein böses Vorhaben verwirklicht, ohne damit etwas zu tun, was dieses Gesetz verbietet oder etwas zu unterlassen, was es zu tun vorschreibt, 2. wer sich nur deshalb eines völlig ungeeigneten Mittels bedient, weil er die Verwirklichung eines bösen Vorhabens übersinnlichen Mächten überläßt". Es ist zumindest fraglich, ob dieses Bemühen um Ausführlichkeit der Verständlichkeit des Gesetzes gedient hätte.

Nachdem sich in der ersten Lesung die Kommission für eine objektive Versuchslehre entschieden hat, ging es in der zweiten Lesung im Jahre 1961 vor allem um eine befriedigende, der objektiven Lehre entsprechende Formulierung des Gesetzes. Nowakowski, der eine solche Formulierung vorgelagt hatte, (Anm. 423) ohne damit alle Streitpunkte beseitigt zu haben, (Anm. 424) machte darauf aufmerksam, daß die Strafbarkeitsgrenze nach der objektiven Lehre irgendwo gefunden werden muß, "wo sie formallogisch begrifflich nicht verfestigt werden kann". Hieraus ergebe sich eine "Variationsbreite der Gewißheit des Gefühls und des Geschmacks" (Anm. 425) - ein Hinweis, der den angeblichen Vorteil größerer Rechtssicherheit, um dessen Willen sich Rittler "einzig und allein" zur objektiven Theorie bekannt hat (Anm. 426) als Illusion kennzeichnete.

Die Bemühungen, diese Variationsbreite der Unsicherheit durch andere Formulierungen einzuengen, mißglückten, weil stets versucht wurde, die Tauglichkeit in abstracto zu umschreiben, was aller Erfahrung nach aussichtslos ist, weil es diese abstrakte Tauglichkeit nicht gibt (Anm. 427). Schließlich erwog man, es bei dem Ausdruck "wirkliche Ausführung" zu belassen (Anm. 428) und einigte sich dann auf den Vorschlag des Ministeriums (Anm. 429)

"Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch, sie auszuführen oder einen anderen zu ihrer Ausführung zu bestimmen (§ 11), und für jede Beteiligung an einem solchen Versuch."

Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn es mangels persönlicher Eigenschaften

423. Unterlagen Nr. 187

424. Umstritten bleibt die Strafbarkeit des Griffs in die leere Kasse, des Schusses in das leere Bett und dergleichen.

425. Protokolle 1961 S. 320

426. Protokolle 1961 S. 311

427. Aufschlußreich in dieser Hinsicht der Vorschlag Handlers (Protokolle 1961 S. 325): "Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn wegen des Fehlens persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, die das Gesetz bei Handelnder voraussetzt, nach der Art der Handlung oder des Gegenstandes, gegen den sie sich richtet, unter keinen Umständen die unternommene Tat zur Vollendung gelangen kann." Handler glaubte damit den Griff in die leere Kasse unter Strafe stellen zu können. Wie Kadečka jedoch zutreffend einwandte (Protokolle 1961 S. 326) kann der Täter in concreto unter keinen Umständen Geld aus der leeren Kasse entwenden, während in abstracto überhaupt keine Aussage über die Erfolgsaussicht der Tat gemacht werden kann. Noch unsicherer ist die Lage bei Versuch mit unzureichenden Mitteln.

428. So der Vorschlag Rittlers Protokolle 1961 S. 330

429. Protokolle 1961 S. 345 ff, 348 = § 15 E 62



oder Verhältnisse, die das Gesetz beim Handelnden voraussetzt oder nach Art der Handlung oder des Gegenstandes an dem sie begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war, daß der Versuch zur Vollendung führen könne".

Zu heftigen Diskussionen kam es bei der Beratung einer die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch betreffenden Gesetzesfassung. Während Rittler (Anm.430) bei seiner bekannten Meinung blieb, daß der, der auf einen Menschen "zu dem Zweck" schießt, "um ihn ums Leben zu bringen" eine Tötungshandlung unabhängig davon setzt, ob er tatsächlich tötet oder nicht, hatte Nowakowski eine Fassung vorgeschlagen, die die Abgrenzung unter der Hypothese der Vollendung nach formal objektiven Kriterien vornimmt (Anm.431). Schließlich einigte man sich auf die bereits in erster Linie beschlossene Formulierung des § 16 Abs.2. Aufgenommen wurde zusätzlich das Minderheitsvotum Nowakowskis u.a.:

"Versuch und Vorbereitung § 16 Abs.1 u.2

Die Ausführung der Tat hat versucht, wer seinen Vorsatz durch eine Handlung betätigte, die, wenn es zur Vollendung gekommen wäre, dem Tatbestand bereits unmittelbar entsprochen hätte, oder wer sich zu einer solchen Handlung anschickte.

Einen anderen zur Ausführung der Tat zu bestimmen hat versucht, wer seinen Vorsatz durch eine Handlung betätigte, wenn es zur Vollendung gekommen wäre, einen anderen unmittelbar dazu bestimmt hätte, die Tat auszuführen oder einen Dritten dazu zu bestimmen, oder wer sich zu einer solchen Handlung anschickte".

430. Protokolle 1961 S.353. Schon die Formulierung "zu dem Zweck schießt, um ihn ums Leben zu bringen" zeigt, daß ein Zurückgehen auf die Vorstellung des Täters ganz unumgebar ist. Wenn Rittler schreibt: "Das Schießen auf einen Menschen ist eine Tötungshandlung" ... es liegt in der Natur dieser Handlung, daß sie dieses Merkmal einer Tötungshandlung hat", vergißt er, daß das (nicht-Tötungskausale) an einem Menschen vorbeischießen eben nicht notwendig eine Tötungshandlung ist, von Körperverletzungshandlungen völlig zu schweigen.

, 431. Protokolle 1961 S.351



Beim Entwurf des Rücktrittsparagraphen sahen die Kommissionsmitglieder keinen Grund, sachlich von dem in erster Lesung beschlossenen Entwurf abzugehen. Allerdings konnte sich Nowakowski mit dem Verbesserungsvorschlag durchsetzen, der den Anschluß des den Rücktritt betreffenden § 17 an die Versuchsbestimmung durch die Wendung " Der Versuch ist daher insbesondere straflos..." gestrichen sehen wollte. In der Tat hätte diese Formulierung die Diskussion um das sogenannte negative Tatbestandsmerkmal "fehlen der Rücktritt" mit Sicherheit neu entfacht. Nach der zweiten Lesung der Reformkommission lautete die Rücktrittsvorschrift wie folgt:

"

Rücktritt § 17 Abs.1 u. 2

Der Täter wird wegen Versuchs nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt, oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert, oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.

Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden".

Dem Antrag Ertls, den Begriff der Freiwilligkeit im Gesetz zu definieren, folgte die Mehrheit der Kommission nicht (Anm.432).

Die tragenden Gedanken des Entwurfs werden in der Ausgabe des Allgemeinen Teils 1964 zusammengefaßt. Dabei zeigt sich deutlich, wie sehr die Versuchsregelung zum Prüfstein und Kristallisationspunkt der Reform des Allgemeinen Teils aufrückte. Bereits in der Einleitung (Anm.433) wird die Entscheidung, den absolut untaug-

432. Der Vorschlag Ertls (Protokolle 1961 S.416) lautete: "Aus freien Stücken handelt der Täter schon dann, wenn er die weitere Ausführung aufgibt oder wenn mehrere daran beteiligt sind, verhindert, oder den zum Erfolg gehörigen Erfolg abwendet, obgleich er der Meinung ist, die Tat noch vollenden oder den zur Vollendung gehörigen Erfolg noch herbeiführen zu können. Der Beweggrund seines Handelns hat dabei außer Betracht zu bleiben."

433. Entwurf AT 1964 S.4

lichen Versuch straflos zu lassen, als Kennzeichen für das Bekenntnis zu einem mit kriminalpolitischen Erwägungen durchgesetzten und durch sie abgeschwächten Schuldstrafrecht herausgestellt. Bei der Erläuterung der Versuchsbestimmungen (Anm.434) selbst heißt es bekräftigend, daß Schuld allein kein Strafbedürfnis begründe - eine Erkenntnis, die die grundsätzliche Gleichbestrafung von Versuch und Vollendung (freilich mit der Milderungsmöglichkeit der entsprechenden bisherigen Regelung) als überraschend erscheinen läßt. Diese Festlegung auf eine kriminalpolitisch motivierte objektive Versuchstheorie führt schließlich zu der Konsequenz, daß die für die objektive Theorie ins Feld geführten Argumente wie Typenstrafrecht, Rechtssicherheit, fehlendes Strafbedürfnis beim untauglichen Versuch auch bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch Bedeutung haben müssen (Anm.435). Im übrigen enthält der amtliche Entwurf von 1964 nicht mehr, als bereits in den Beratungen der Reformkommission zur Sprache gekommen und bereits im Vorhergehenden berichtet worden ist.

Roeder hat in einer ausführlichen Stellungnahme den Entwurf in der Fassung des Ministerialentwurfs 1964, soweit er die vorgeschlagenen Versuchsbestimmung<sup>en</sup> trifft, kritisiert. Die Straflosigkeit der versuchten Beihilfe lehnte er im Hinblick auf die in § 11 des Entwurfs normierte Auffassung von der Gleichstellung aller Beteiligungsformen ab (Anm.436). Die eingeschränkt objektive Versuchstheorie stößt ebenfalls auf Kritik, wobei die bekannten Argumente gebraucht werden, die zu wiederholen nicht erforderlich erscheint. Bemerkenswert ist nur, daß Roeder den Versuch des untauglichen Subjekts auch vom Standpunkt der subjektiven Theorie für straflos hält (Anm.437). Damit hat sich Roeder an die

434. Entwurf AT 1964 S.29

435. Entwurf AT 1964 S.32

436. Roeder kritische Bemerkungen S.34

437. Roeder kritische Bemerkungen S.35

Seite derer gestellt, die die Strafgesetze als Pflichtnormen verstehen und für die sich stets das Adressatenproblem in irgend einer Form stellt.

Insgesamt zustimmend bewertet dagegen die Stellungnahme der Generalprokuratur beim OGH den Entwurf. Diese hebt hervor, daß sich der Entwurf jeder Parteinahme für die eine oder andere Versuchstheorie enthalten habe (Anm. 438) - ein Eindruck der kaum zutreffend ist. Auch die *dolus ex re* Lehre kann schwerlich als Begriffsmerkmal des Versuchs behandelt werden, wie es in der Stellungnahme heißt. Mag das Lob insoweit also zum Teil auf Mißverständnissen beruhen, ist die Kritik an den Rücktrittsvorschriften eindeutig. Zwar findet die Bestimmung in § 17 Abs. 1 Zustimmung, nach der der Versuch nur "rücktrittsfähig" ist, wenn unsicher ist, ob der Erfolg eintritt oder nicht, doch soll dieses Ergebnis nicht mit der Infirmitätstheorie, sondern nur mit der Theorie der goldenen Brücke vereinbar sein. Wenn aber allein kriminalpolitische Gründe die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts rechtfertigen, dürften auch in Abs. 2 von § 17 nur objektive Momente aufgenommen werden. Eine Belohnung des Gesinnungswandels sei nicht angängig. Nach Ansicht der Generalprokuratur müsse demgemäß § 17 Abs. 2 gestrichen werden.

Verständlicherweise hat der OGH in seiner Stellungnahme seine Rechtsprechung zur Versuchsbestrafung gegenüber dem Entwurf - soweit dieser abweicht - verteidigt. Eine Eingrenzung des Versuchsbereichs auf die Handlung<sup>en</sup>, die bereits zur Verbrechensausführung gehören, lehnt er ab (Anm. 439), zumal die Erreichung des beabsichtigten Ziels insofern sehr unsicher sei, als nicht die Ausführung des Delikts, sondern die Ausführung des Vorhabens verlangt werde, wodurch auch Verhaltensweisen unter dem Versuchsbegriff zu subsummieren seien, die selbst nach der OGH Rechtsprechung Vorbereitungshandlungen seien. Demgemäß sei § 16 des Entwurfs wie folgt zu ändern: "Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen

438. Stellungnahme der Generalprokuratur S. 34 ff

439. Stellungnahme des OGH § 16 S. 1

Entschluß sie auszuführen, durch eine zur wirklichen Ausübung führende Handlung betätigt"(Anm.440). Diese Formulierung bedeutet freilich gegenüber der geltenden Fassung des § 8 StG kaum eine Verbesserung.

Hinzu kommt, daß der OGH in seiner Stellungnahme diesen Vorschlag nicht einmal als Hinweis auf eine objektive Abgrenzungstheorie verstanden wissen will. Er bleibt vielmehr bei seiner Auffassung, daß die Normierung der Strafflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs mit der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung ohne Zusammenhang sei und daß jede dieser beiden Fragen voneinander unabhängig entschieden werden müsse (Anm.441).

Nur geringfügige Änderungen wünscht sich der OGH bei der Fassung der Rücktrittsvorschrift. Befürwortet wird, daß der Rücktritt "in Abkehr vom geltenden Recht" als Strafaufhebungsgrund behandelt wird (Anm.442). Bei Beteiligung mehrerer an einer Tat soll nach der zitierten Stellungnahme die Rücknahme des eigenen Tatbeitrags nicht genügen (Anm.443).

Aufgrund der verschiedenen Stellungnahmen wurde der Entwurf aus dem Jahre 1964 überarbeitet. 1966 legte das Bundesministerium für Justiz einen Strafgesetzentwurf samt erläuternden Bemerkungen vor, die der Regierungsvorlage aus dem Jahre 1968 entspricht. Die Versuchsbestimmungen erhielten folgende Fassung:

"Strafbarkeit des Versuchs"

- § 14(1) Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.
- (2) Die Tat ist versucht, sobald der Täter einen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 11), durch eine Handlung betätigt, die schon zur wirklichen Ausübung dieses Entschlusses gehört.
- (3) Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn die Vollendung der Tat mangels persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, die das Gesetz beim Handeln voraussetzt, oder nach der Art der Handlung oder des Gegenstandes, an dem die Tat begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war."

440. Stellungnahme des OGH §.16 S.11

441. Stellungnahme des OGH § 16 S.4

442. Stellungnahme des OGH § 17 S.1

443. Stellungnahme des OGH § 17 S.2. Der eigene Vorschlag des OGH lautet: "Der Täter wird wegen des Versuchs nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, und nicht alle die Ausführung aufgeben, verhindert oder wenn er freiwillig den zur Vollendung gehörenden Erfolg abwendet".

"Rücktritt vom Versuch

- § 15(1) Der Täter wird wegen Versuchs oder der Beteiligung daran nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.
- (2) Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden".

Die Erläuterungen zu diesem Entwurf enthalten wenig Neues. Daß auch in der jüngsten Reformarbeit die Unterscheidung zwischen absolutem und relativ untauglichem Versuch im Wege der Abstraktion getroffen wird und daß als absolut untauglich der Versuch bezeichnet wird, der " auch bei einer generalisierenden Betrachtung, also unabhängig von den Besonderheiten des Einzelfalls, geradezu denkunmöglich" ist (Anm.444) so als ob dies nicht auf jeden Versuch zuträfe, ist allerdings fast unverständlich. Offensichtlich hat weder die jahrhundertlange Diskussion um das Wesen des Versuchs noch die frühe Erkenntnis, daß die Frage der naturwissenschaftlichen Kausalität mit dem Unrechtsbegriff wenig zu tun hat, kaum spürbar die Reform beeinflußt. Auch bei der Definition der Freiwilligkeit des Rücktritts, die sich eng an die Frank'sche Formel anschließt, ist eine dogmatische Entwicklung nicht erkennbar.



### 3. Teil

#### Die Versuchsbestrafung in der Schweiz

##### I. Die geltenden Bestimmungen

Das geltende Strafgesetzbuch der Schweiz ist sehr viel jünger als das noch geltende Österreichische. Es geht auf Reformarbeiten zurück, die im Jahre 1893 aufgenommen und bis 1908 fortgeführt worden sind. Nach einem längeren Stillstand der Arbeiten wurde die heutige Fassung im Jahre 1937 entworfen und im Jahre 1942 in Kraft gesetzt. Die den Versuch betreffenden Bestimmungen lauten:

**Art. 21** Führt der Täter, nachdem er mit der Ausführung eines Verbrechens oder eines Vergehens begonnen hat, die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, so kann er milder bestraft werden (Art.65).

Führt er aus eigenem Antrieb die strafbare Tätigkeit nicht zu Ende, so kann der Richter von einer Bestrafung wegen des Versuchs Umgang nehmen.

**Art. 22** Wird die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt, tritt aber der zur Vollendung des Verbrechens oder des Vergehens gehörende Erfolg nicht ein, so kann der Täter milder bestraft werden (Art.65).

Hat der Täter aus eigenem Antriebe zu<sup>m</sup> Nichteintritt des Erfolgs beigetragen oder den Eintritt des Erfolgs verhindert, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art.66).

**Art. 23** Ist das Mittel, womit jemand ein Verbrechen oder ein Vergehen auszuführen versucht, oder der Gegenstand, woran er es auszuführen versucht, derart, daß die Tat mit einem solchen Mittel oder an einem solchen Gegenstand überhaupt nicht ausgeführt werden könnte, so kann der Richter die Strafe nach freiem Ermessen mildern (Art.66).

Handelt der Täter aus Unverstand, so kann der Richter von einer Bestrafung Umgang nehmen.

Diese Regelung, die dem Richter einen außerordentlich großen Spielraum bei seiner Entscheidung läßt, macht auf den ersten Blick den Eindruck, als habe der Gesetzgeber seine Bemühungen um eine dogmatische Bewältigung der mit der Versuchsbestrafung zusammenhängenden Probleme resigniert aufgegeben. Ob diese Resignation tatsächlich eingetreten ist, soll hier nicht beurteilt werden. Fest steht aber, daß in der Reformdiskussion alle die Fragen, die die Wissenschaft in Österreich und Deutschland beschäftigt haben, in ähnlicher Weise erörtert worden sind. Freilich hat sich sehr früh und sehr deutlich die Neigung gezeigt, kriminalpolitische Erwägungen in die Dogmatik einfließen zu lassen, wobei dem Richter die Aufgabe übertragen wurde, jeweils die richtige Entscheidung aus der Eigenart des Einzelfalls zu entwickeln. Daß ein derartiges Verfahren nur dort möglich ist, wo das Vertrauensverhältnis zum Richterstand noch unversehrt ist, liegt auf der Hand. Der Empfehlung einer derartigen Konzeption für ein deutsches Strafrecht steht freilich die durch geschichtliche Erfahrung geschärfte Skepsis der dritten Gewalt gegenüber entgegen. Uns scheint das Gleichgewicht der Gewalten zugunsten der Jurisdiktion verschoben, wenn dem einzelnen Richter nicht nur die Anwendung des Rechts, sondern auch dessen Entwicklung aus der Natur der Sache, dem Wesen des Falls o.ä. abverlangt wird.

Gleichwohl macht dieser prinzipielle Unterschied in der Behandlung der dritten Gewalt die Darstellung der in der Schweiz gefundenen Lösung der Versuchsbestrafung und der Vergleich mit den in Deutschland vertretenen Lehren nicht überflüssig. Der Schwerpunkt muß sich dabei allerdings von der Kriminalpolitik zurück auf die Dogmatik verlagern.

## II. Der Stand der Versuchsdogmatik vor der Reform

### 1. Das Lehrbuch Pfenningers

In den beiden großen Strafrechtslehrbüchern, die noch vor Inangriffnahme der Reform erschienen waren, finden sich die

bekannten, dem pseudonaturwissenschaftlichen Denken des vorigen Jahrhunderts verhafteten Ansätze. In dem Lehrbuch Pfenningers heißt es (Anm.1) : " Der Versuch als Handlung zur Herbeiführung eines bestimmten Erfolgs, der dann nicht eintritt, muß einen ernsten Charakter haben. Er muß so unternommen sein, daß die Handlung auf Erreichung des Zwecks zweifellos gerichtet und mindestens die Möglichkeit gegeben ist, den Erfolg herbeizuführen".

Die Möglichkeit des Erfolgseintritts sollte mit anderen Worten Merkmal des strafbaren Versuchs sein , während der Irrtum des Täters über die Tauglichkeit des Versuchs irrelevant bleiben und in keinem Fall die Strafbarkeit des Versuchs begründen sollte. (Anm. 2) Auch die Gefährlichkeit der Handlung - sie ist nach Pfenninger von der Tauglichkeit zu unterscheiden - sollte über die Strafbarkeit nichts aussagen (Anm.3).

Man mag heute Pfenninger bei seinem Votum für die Tauglichkeit als Abgrenzungskriterium zwischen straflosem und strafbarem Versuch nicht mehr beistimmen können, es läßt sich aber nicht übersehen, daß die Unterscheidung von Dogmatik und Kriminalpolitik und vor allem die Gegenüberstellung von Tauglichkeit und Befährlichkeit ein für die spätere Entwicklung bedeutsamer Schritt war. Hier war Pfenninger seinem seinerzeit noch in Zürich lehrenden Kollegen Stooß voraus, der Unmöglichkeit und Ungefährlichkeit ohne weiteres gleichsetzte (Anm.4).

## 2. Die Stooß'sche Theorie

Stooß war ( im Gegensatz zu seiner im vorigen Abschnitt geschilderten (Anm.5) Interpretation des österreichischen StG)

1. Pfenninger Strafrecht S.776
2. Pfenninger Strafrecht S.778
3. Pfenninger Strafrecht S.781: " Die Gefährlichkeit der Handlung für den Einzelnen oder für die Rechtsgemeinschaft ist in keinem Falle geeignet, die Bestrafung des Versuchs zu begründen. Die Kriminalpolitik kann wohl gebieten, eine Handlung nicht zu strafen, wo sich sonst wohl eine Strafe rechtlich begründen ließe, sie kann aber umgekehrt nicht die Strafbarkeit einer nach Rechtsgründen straflosen Handlung rechtfertigen. Die Gefährlichkeit kann zu Sicherheitsmaßregeln berechtigen..."
4. Stooß Grundzüge S.218
5. vergl. oben S. 201 ff.

für die Bestrafung des sogenannten untauglichen Versuchs eingetreten und hatte dabei im Sinne von Buri folgendermaßen argumentiert (Anm.6) : " Denn wer mit rechtswidrigem Vorsatz ein untaugliches Mittel anwendet oder ein untaugliches Objekt angreift, der hat seinen rechtswidrigen Willen betätigt. Der Einwand, es habe die Handlung den Erfolg niemals herbeiführen können, sie sei also ungefährlich, trifft bei jedem Versuch zu."

Den abergläubischen Versuch wollte allerdings auch Stooß unbestraft lassen, da es in diesem Fall "objektiv an einer Verbrechenshandlung" fehle (Anm.7).

### 3. Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung

Die Bemühung Pfenningers, die Versuchsregelung von kriminalpolitischen Ansätzen frei zu halten, wird auch in seiner Stellungnahme zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch sichtbar: Entsprechend seinem Standpunkt, daß nicht die Gefährlichkeit Strafgrund des Versuchs sei, sondern daß dieser "praktisch im Gesetz, theoretisch in der Einheit mit dem Verbrechen" liege (Anm.8), prüfte er, ob die Versuchshandlung bereits das Gesetz erfüllt. Nur in diesem Fall soll sie strafbar sein.

Mit diesem formal-objektiven Standpunkt (Anm.9) hatte Pfenninger einen Schritt auf dem Wege getan, der zur "Entdeckung" des (objektiven) Tatbestands im Sinne Belings als selbständiges Verbrechenmerkmal führte. Das eingangs gefällte Urteil, daß die Versuchsdogmatik durch pseudonaturwissenschaftliches Denken gekennzeichnet war, muß daher insoweit eingeschränkt werden, denn wenn dieses Denken auch den Blick für bestimmte Bausteine der gesetzlichen Tatbestände wie etwa die Kausalität geschärft hat, so hat der Positivismus doch die Frage des

6. Stooß Grundzüge S.218 ff

7. Stooß Grundzüge S.218

8. Pfenninger Strafrecht S.784

9. Pfenninger Strafrecht S.785

Strafgrundes von den in der Natur der jeweiligen Handlung erscheinenden Vorgegebenheiten unabhängig zu machen versucht.

#### 4. Das Problem des Rücktritts vom Versuch bei Stooß

Während bei Pfenninger die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch einigen Raum einnimmt und das Problem des Rücktritts vom Versuch keine Beachtung fand, hat Stooß diese Frage ausführlicher behandelt. Anders als Pfenninger, der kriminalpolitische Überlegungen aus der Dogmatik eliminieren wollte, erkannte Stooß, daß allein kriminalpolitische Gründe die Straflosigkeit bei Rücktritt vom Versuch rechtfertigen können, denn "durch den Rücktritt wird weder der rechtswidrige Wille noch der Anfang der Ausführung zunichte oder ungeschehen gemacht". (Anm.10)

Allerdings wird der Wert dieser Erkenntnis dadurch verringert, daß Stooß im Rücktritt deshalb ein belohnenswertes Ereignis sah, weil "der Zurücktretende die im Versuch liegende Gefahr aufhebt" (Anm.11). Die Gefährdung sollte nach Stooß indessen die Strafbarkeit des Versuchs nicht begründen; die fehlende oder später beseitigte Gefahr hätte demzufolge auch unter dem Blickwinkel des Rücktritts irrelevant bleiben müssen. Im übrigen hätte Stooß, der die Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch gerade abgelehnt hatte, beim Rücktritt diese Unterscheidung doch treffen müssen und überdies - da nur beim tauglichen Versuch eine Gefährdung rückgängig gemacht werden kann - den Täter eines tauglichen Versuchs gegenüber dem eines untauglichen Versuchs insofern privilegieren müssen, als letzterem die strafbefreiende Wirkung nicht zugute kommen konnte.

10. Stooß Grundzüge S. 220

11. Stooß Grundzüge S.220



### III. Die Schaffung eines bundeseinheitlichen Strafgesetzes

#### 1. Der Stooß'sche Vorentwurf von 1893

Das Schwanken zwischen einer auf die Tauglichkeit der Handlung abstellenden objektiven Ausgangsposition und einer auf die Vorstellungen des Täters abstellenden Konzeption zeigt sich deutlich in dem von Stooß auf der Grundlage der kantonalen Strafgesetze ausgearbeiteten Vorentwurf eines Strafgesetzbuches vom Juni 1893. In dessen Art. 16 heißt es, daß wegen Versuchs milder zu bestrafen sei, "wer ein Verbrechen nur teilweise ausführt". Daß diese Formulierung auf die (formal) objektive Versuchstheorie hinweist, scheint außer Zweifel zu stehen. Die Regelung des Art. 14 stellt dies indessen erneut in Frage. Art 14 lautete: "War der Täter, als er handelte, in einer irrigen Vorstellung über wesentliche Verumständungen befangen, so ist sein Handeln aufgrund dieser Vorstellung zu beurteilen". Mit anderen Worten sollte der in Deutschland unter dem Schlagwort "umgekehrter Irrtum gem. § 59 StGB" geläufige Rechtsgedanke Eingang ins Gesetz finden. Dieser Rechtsgedanke ist aber stets als Stütze der subjektiven Versuchstheorie angesehen worden.

#### 2. Die Entwicklung der Reformbestrebungen

Im folgenden Entwurf aus dem August 1893 entfiel das gesetzliche Merkmal der teilweisen Ausführung, während die Fassung des Art. 14 beibehalten wurde. Allein die danach vorgesehene obligatorische Strafmilderung widersprach somit einer rein subjektivistischen Regelung.

In der Folgezeit hielt man eine Definition des Versuchsbegriffs auf die man im Entwurf August 1893 verzichten zu können geglaubt hatte, doch für erforderlich -freilich nur in dem Sinne, daß man den sogenannten untauglichen Versuch gesondert behandelte und in den Entwürfen 1895-1896 aus dem strafbaren Bereich aussparte. Zugleich ließ man den Rück-

griff auf die Irrtumsregelung fallen.

Mit den Definitionsversuchen hielt die objektive Versuchslehre erneut Einzug in die Gesetzesentwürfe. Dies hatte allerdings nicht zur Folge, daß die ursprünglich als obligatorisch vorgesehene Strafmilderung in jedem Fall beibehalten wurde. Vielmehr lief insoweit die Entwicklung geradezu entgegengesetzt. Die Unterscheidung von relativ und absolut untauglichem Versuch verlor dadurch erheblich an Bedeutung.

Im einzelnen diese Entwicklung zu verfolgen, ist freilich nicht mehr erforderlich. Delaquis hat den Gang der Reformarbeiten bis zum Jahre 1904 ausführlich dargestellt (Anm.12). In den von Delaquis nicht behandelten Entwürfen der Jahre 1908, 1916, und 1918 hatte sich die jeweilige Kommission auf folgende Regelungen festgelegt: Obligatorische Strafmilderung tritt bei unbeendetem, relativ untauglichem Versuch ein, fakultative Strafmilderung dagegen beim sogenannten *délit manqué*, dem beendeten relativ untauglichen Versuch, und beim absolut untauglichen Versuch. Die Entwürfe der Jahre 1916 und 1918 sahen die Möglichkeit vor, einen abergläubischen Versuch straffrei zu lassen. Rücktritt und Erfolgsabwendung, die im Entwurf 1908 noch automatisch strafbefreiend wirken sollten, wurden in den Entwürfen 1916 und 1918 insoweit differenzierend behandelt, als strafbefreiend der Rücktritt werden sollte, während das Bemühen des Täters, den Erfolg abzuwenden, nach dem Ermessen des Richters als Strafmilderungsgrund Beachtung finden sollte.

Damit hatten sich die Entwürfe der geltenden Fassung des schweizerischen Strafgesetzbuches bereits stark genähert, so daß es gerechtfertigt erscheint, die Untersuchung auf die Würdigung der geltenden Vorschriften zu beschränken.

12. Delaquis. Der untaugliche Versuch S. 9 ff

Für diese Würdigung ist noch immer die im Jahre 1914 "Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs" von Germann verfaßte Monographie von grundlegender Bedeutung. Germann ist mit dieser Schrift zum Vorkämpfer einer subjektiv orientierten Versuchs- und Verbrechenslehre in der Schweiz geworden. Er hat, wie noch darzustellen sein wird, im Laufe der Zeit die Basis seiner Verbrechenslehre verändert und verselbständigt, dies nimmt der Arbeit über den Versuch indessen nichts von ihrem fortbestehenden Interesse.

#### IV. Die Theorie Germanns

Germann ist bei der Begründung der subjektiven Versuchstheorie den üblichen Weg gegangen, die objektiven Theorien zu kritisieren, um auf dem Boden dieser Kritik deren Ungereimtheiten zu "überwinden". Soweit die objektive Versuchslehre auf dem Begriff der Tauglichkeit aufbaut, hält ihr Germann entgegen, daß bei keinem Versuch von einer Tauglichkeit in concreto die Rede sein könne, was durch das Ausbleiben des Erfolgs schlagend bewiesen werde (Anm.13). Auf eine Tauglichkeit in abstracto abzustellen, sei demgegenüber willkürlich und müsse dazu führen, daß jeder Versuch tauglich werde, da jeweils von dem Tatelement, daß für den Nichteintritt des Taterfolgs verantwortlich sei, abstrahiert werden könne (Anm.14).

13. Germann Versuch S. 9 ff. Für den beendeten Versuch ist dieses Argument uneingeschränkt richtig. Zweifelhaft ist jedoch, ob Germann seinen Standpunkt auch für jeden Fall des unbeendeten Versuchs hat vertreten wollen. Denkbar ist etwa folgender Fall. Eine Frau stellt ihrem Mann zum Frühstück eine Tasse Kaffee hin, der so vergiftet ist, daß an der tödlichen Wirkung der Dosis aller Erfahrung nach kein Zweifel besteht. Als der Mann zum Trinken ansetzt, entreißt ihm die Frau, die es sich anders überlegt hat, die Tasse. Der Mann entgeht dadurch dem sonst (!) sicheren Tode. Daß der Anschlag nicht zum Tode geführt hat, also nicht für den Tod kausal war, ergibt sich aus der Schilderung. Dennoch zögert man, den Vergiftungsversuch für untauglich zu halten, denn sein Leben verdankt der Mann nicht der Ungeeignetheit des Gifts oder einem sonstigen Mangel der Tat, sondern dem Rücktritt seiner Frau vom Tötungsversuch. Es ist nun aber eine weitgehend geklärte Frage, daß die Beurteilung von Unrecht und Schuld im Versuch ohne Rücksicht auf den eventuellen Rücktritt zu erfolgen hat, so daß sich die Frage aufdrängt, ob nicht auch bei der Prüfung der Tauglichkeit der Tat vom Rücktritt abzusehen ist. Befürwortet man diese trennende Betrachtungsweise, erhält man beim unbeendigten Versuch einen Begriff der Tauglichkeit, der sich sowohl von dem der Kausalität als auch von dem der Gefährlichkeit unterscheidet - von letzterem dadurch, daß er von einer ex post Perspektive aus gewonnen wird.

14. Germann Versuch S. 25, 26 ff, 30 ff, 33

Da die konkrete Tat bestraft werden solle, könne ohnehin ein abstraktes Merkmal wie das der abstrakten Tauglichkeit nicht maßgebend sein (Anm.15). Schließlich entbehre "die Bevorzugung gewisser Kausalitätsfaktoren wie Mittel und Objekt" jeder Begründung (Anm.16).

Bei der Kritik der objektiven Versuchstheorien vermißt man die Auseinandersetzung mit der Lehre vom Mangel am Tatbestand und mit dem Begriff der Gefährlichkeit. Der positivistische Ansatzpunkt der Lehre vom Mangel am Tatbestand war Germann offenbar fremd. Er sah in den tatbestandlich umschriebenen Mitteln und Tatobjekten nur Kausalitätsfaktoren, deren Hervorhebung innerhalb der Versuchsdogmatik nach dem Grundsatz der Gleichwertigkeit aller Bedingungen nicht statthaft sei. Der Gedanke, daß die tatbestandliche Umschreibung von Mittel und Objekt als Hinweis auf die Anordnung des Gesetzgebers zu verstehen sei, Mittel und Objekt gerade ohne Rücksicht auf ihre Eigenschaft als (gleichwertige) Kausalitätsfaktoren besonders zu behandeln, kam ihm nicht.

Hatte Germann damit zu erkennen gegeben, daß er nach einer über das positive Recht hinausgreifenden Verankerung der Versuchsdogmatik suchte, verwundert es umsomehr, daß er die Bedeutung des auf einer ex ante Betrachtung des Geschehens aufbauenden Gefährlichkeitsbegriffs für eine objektive Versuchstheorie nicht erkannte. Der Begriff der Gefährlichkeit tauchte bei Germann nur als "objektive Gefährlichkeit" auf (Anm.17), die ihrerseits mit der sogenannten "potentiellen Kausalität" gleichgesetzt wurde (Anm.18). Da aber von poten-

15. Germann Versuch S.25

16. Germann Versuch S.33 Das Problem des sogenannten untauglichen Subjekts, das für die Frage nach dem Wesen der Strafnormen und der Rechtswidrigkeit große Bedeutung hat, hatte sich Germann offensichtlich noch nicht gestellt.

17. Germann Versuch S. 15

18. Germann Versuch S. 16 ff

tieller Kausalität überhaupt nur bei einer abstrahierenden Betrachtungsweise gesprochen werden kann, diese wiederum als innerhalb der Versuchsdogmatik unzulässig von Germann abgelehnt wurde, fand der Begriff der Gefährlichkeit nicht einmal in der Auseinandersetzung mit der objektiven Versuchslehre Platz.

Dieser Mangel hatte für die Entwicklung der Germann'schen Verbrechenslehre weitreichende Folgen. Wie im ersten Teil der Untersuchung bereits dargestellt wurde (Anm.19), kann der Gefährdungsbegriff gleichsam als das Verbindungsstück zwischen dem Rechtsgutsbegriff als Kern der Unrechtslehre und der Versuchsdogmatik angesehen werden. Mit anderen Worten erlaubt es der Gefährdungsbegriff auch innerhalb der Versuchslehre am Rechtsgutsbegriff festzuhalten. Für von Liszt, der dem Rechtsgutsbegriff die zentrale Stellung in der Verbrechenssystematik gab, verstand es sich daher fast von selbst, dem Begriff der Gefährdung auf den Grund zu gehen. Germann übersah dagegen diese Möglichkeit, und da er auch positivistische Lehren wie die vom Mangel am Tatbestand nicht als Grundlage seiner Versuchslehre in Erwägung zog, ergab es sich nahezu zwangsläufig, daß er den im Versuch verwirklichten bösen Willen in den Mittelpunkt rückte.

19. siehe oben S.40 ff.



Hierbei stellte sich ihm die Frage, ob an dem Willen seinerseits gewisse Tauglichkeitsanforderungen zu stellen sind. Solche Anforderungen stellen die Befürworter der Unterscheidung zwischen ontologischem und nomologischem Irrtum. Im schweizerischen Recht hat diese Lehre indessen keine Rolle gespielt (Anm. 20) und auch Germann erschien diese Unterscheidung als nicht konsequent durchführbar und als willkürlich (Anm. 21). Diese Stellungnahme entsprach dem Bestreben Germanns, die Tauglichkeit aus dem Verbrechensaufbau zu eliminieren und auch in einer subjektiven Fassung nicht wiederaufleben zu lassen.

#### 1. Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie aus der schweizerischen Rechtstradition

---

Mit der Ablehnung aller objektiven Versuchstheorien und der gleichzeitigen Ablehnung der auf die Differenzierung innerhalb der Arten des Irrtums aufbauenden subjektiv-objektiven Lehren hatte sich Germann auf die subjektive Versuchstheorie festgelegt. Für ihn ging es nunmehr darum, diesen Standpunkt aus sich selbst heraus zu rechtfertigen und einen Weg zu finden, wie auch die von ihm als nicht akzeptabel empfundene Konsequenz (Anm. 22) der Bestrafung des abergläubischen Versuchs zu umgehen sei.

Eine erste Rechtfertigung der subjektiven Versuchstheorie sah Germann in der Tradition der kantonalen Strafgesetze. Außer der im Sinne der subjektiv-objektiven Theorie eingeschränkten Regelung des bereits zitierten Strafgesetzes des Kantons Aargau (Anm. 23)

20. Eine Ausnahme hiervon bildete freilich das Strafgesetz des Kantons Aargau, nach dessen Art. 24 ein untauglicher Versuch ausnahmsweise-gem. Art. 23 war grundsätzlich nur der taugliche Versuch strafbar- dann strafbar sein sollte, wenn der Täter glaubte, ein taugliches Mittel anzuwenden.

21. Germann Versuch S. 40 ff

22. Germann Versuch S. 60

23. vergl. oben Anm. 20

und dem in sich widersprüchlichen Strafgesetz des Kantons Graubünden (Anm.24) sah Germann nur im Tessiner Strafgesetz eine Regelung, die der objektiven Theorie entspricht und eine "potentielle Versuchshandlung" forderte (Anm.25).

Eine ganze Reihe von Strafgesetzen ließ nach Germann sowohl eine Auslegung im Sinne der objektiven als auch eine solche im Sinne der subjektiven Theorie zu (Anm. 26). In ihnen ist jeweils nur von einem commencement d'exécution, von actes d'exécution, von Anfang der Ausführung oder einem entsprechenden Begriff die Rede. Eine Wendung wie "Anfang der Ausführung" kann aber, wenn man in ihr nur ein Abgrenzungskriterium zwischen Vorbereitung und Versuch sieht, mit einer subjektiven Versuchstheorie durchaus in Einklang gebracht werden.

Einige der kantonalen Strafgesetze sprachen sich überdies ausdrücklich für die Strafbarkeit desuntauglichen Versuchsaus (Anm.27).Germann glaubte aus diesen Gesetzen die Tendenz zu einer subjektivistischen Verbrechensauffassung ablesen zu können, und er zog daraus den Schluß, daß "echtsgeschichte und Rechtsvergleichung " in untrüglicher Weise " zeigten, " daß die Rechtsanschauung eines Volkes umsomehr dem Subjektivismus zuneigt, je höher seine Kulturstufe, je feiner sein Rechtsgefühl entwickelt ist" (Anm. 28).

24. § 27 des Graubündener StG erklärte den untauglichen Versuch ausdrücklich für straflos, sofern in ihm nicht ein Versuch i.S. des § 25 enthalten sei. § 25 gibt aber eine Definition des Versuchs, die nach Ansicht Germann's der subjektiven Theorie entspricht, da diese Bestimmung nur Handlungen fordert, die auf die Ausführung der Tat gerichtet sind.
25. Art.54 § 1 des Tessiner StG
26. vergl. die StG der Kantone Vaud (Art.35), Freiburg (Art.38), Genf (Art.5), Wallis (Art.56), Bern (Art.30), Thurgau (§ 33), Basel (§25), Zürich (§34), Glarus (§ 20), Zug (§ 18), Solothurn (§ 26), Neuchâtel (Art.52)
27. So die Strafgesetze der Kantone Schaffhausen (§ 48), Obwalden (Art.18, II), Schwyz (Art.34, 36), Appenzell A-Rh (§§ 26, 37), Appenzell (§ 21), St.Gallen (Art.29), Luzern (§ 29, II, wo freilich ausdrücklich nur der Versuch mit untauglichen Mitteln unter Strafe gestellt war).
28. Germann Versuch S.128

## 2. Die Begründung der subjektiven Versuchstheorie aus dem Strafzweck

---

Das in diesen Worten zum Ausdruck kommende Kulturbewußtsein lenkte allerdings die Aufmerksamkeit Germanns von den dogmatischen Problemen der Versuchslehre ab und führte insbesondere dazu, daß Germann den Unrechtsbegriff in seiner Versuchslehre nicht näher definierte. Stattdessen wandte er sich der dogmatisch unergiebigem, für die Bestimmung der aktuellen "Kulturstufe" aber äußerst bedeutsamen Frage des Strafzwecks zu. Er orientierte also mit anderen Worten seine Untersuchung nicht am Wesen der Norm, sondern am Zweck der Strafe.

Damit nahm er eine Betrachtungsweise vorweg, die - wie im zweiten Teil der Arbeit dargestellt - (Anm. 29) in Österreich von Kadečka aufgegriffen wurde und die beide Autoren in die Nähe des <sup>im</sup> dritten Reich vertretenen, dogmatisch ähnlich orientierungslosen Willensstrafrechts brachten (Anm. 30).

Germann sah den Strafzweck in der Prävention, in der Begegnung der Gefahr, die im deliktischen Willen liegt. Diesen Strafzweck gelte es dadurch zu erreichen, daß der - determinierte - Willen durch Androhung bzw. Verhängung der Strafe gleichsam in die richtige, ungefährliche Richtung gelenkt werde. Ein Strafrecht, daß auf die spezielle Einflußnahme auf den Willen des potentiellen Delinquenten verzichte, daß also nicht den Willen zum Mittelpunkt seines Interesses erhebe, könne die ihm zu setzende Aufgabe, präventiv zu wirken, nicht erfüllen.

Ohne sich von der Tatsache beirren zu lassen, daß von Buri sich gerade als Indeterminist auf die subjektive Verbrechenslehre berufen hatte, während von Liszt als Determinist Anhänger einer

29. vergl. oben S. 91 ff.

30. Germann berief sich für seine Lehre seinerzeit auch auf Freisler. Vergl. ZStrR 49/296 Anm. 1, wo es heißt: "Auch in der gegenwärtigen deutschen Reformbewegung scheint sich die subjektive Auffassung mit aller Folgerichtigkeit siegreich durchzusetzen: das ist hauptsächlich das Verdienst Freislers, der in zahlreichen Aufsätzen wie in amtlichen Beratungen sie mit Mut und Energie vertritt."

objektiven Versuchstheorie war, glaubte Germann, daß "Bedeutung und Zweck der Strafe " ...." kategorisch subjektive Verbrechens-tatbestände" verlangen (Anm.31). " Den untauglichen Versuch straflos zu lassen.... wäre" nach seiner Ansicht" gleichbedeutend mit einer Bankrotterklärung der Präventionstheorie"(Anm.32)

Daß allerdings der abergläubische Versuch straflos bleiben sollte, obwohl die Präventions- oder Abschreckungswirkung der in Aussicht gestellten Strafe zweifellos versagt hatte, begründete Germann mit der angeblichen Ungefährlichkeit des Willens (Anm.33). Diese Begründung ist allerdings offensichtlich anfechtbar, denn nach Germann soll die Gefährlichkeit des Willens gerade nicht aus der Tauglichkeit der aus ihm entstandenen Tat hergeleitet werden können. Auch die subjektive Theorie ist mithin, um die Gefährlichkeit des Willens festzustellen, auf eine Abstraktion von der Tat in ihrer objektiven Erscheinungsform angewiesen. Kommt es aber allein auf den Inhalt der ( subjektiven) Vorstellung an, kann diese auch nicht dergestalt zur Tauglichkeit der Tat in Beziehung gesetzt werden, daß die Tauglichkeit zum Erfordernis einer strafwürdigen Vorstellung gemacht wird. Nachdem Germann die Unterscheidung von ontologischem und nomologischem Irrtum generell abgelehnt hatte, war es inkonsequent, beim abergläubischen Versuch der Sache nach auf diese Unterscheidung zurückzugreifen.

### 3. Die dogmatische Position Germanns

Die Position Germanns zum Strafgrund des Versuchs läßt zwar ahnen, daß Germann den Kern des Unrechts im bösen Willen des Täters sah, der Unrechtsbegriff blieb indessen ohne Konturen und wurde insbesondere nicht gegen die Schuld als weiteres subjektives Verbrechensmerkmal abgegrenzt. Von einer ausgearbeiteten Versuchsdogmatik konnte noch nicht die Rede sein. Dieser Eindruck bestätigt

31. Germann Versuch S.146

32. Germann Versuch S.147

33. Germann Versuch S.149

sich bei der Untersuchung des von Germann vorgeschlagenen Abgrenzungskriteriums zwischen Versuch und Vorbereitung.

Nicht daß der Täter die Schwelle strafbaren Unrechts überschreitet sollte als Maßstab der Abgrenzung dienen, sondern Zweckmäßigkeits-erwägungen (Anm.34). Germann sah die Autorität des Strafrechts und damit seine präventive Wirkung gefährdet, wenn Strafe schon für Akte angedroht würde, die noch weit vor der Ausführung der Tat liegen und deshalb in der Regel unerkannt sowie als Folge davon auch tatsächlich unbestraft bleiben.

Er forderte daher, daß Strafbarkeit dann eintreten sollte, wenn die Unumstößlichkeit des Willens feststünde. Erst dann sei der deliktische Wille als gefährlich anzusehen (Anm.35). Hierzu machte er allerdings insofern eine Einschränkung, als er die Abgrenzung je nach der Wertigkeit des angegriffenen Rechtsguts verschieden vornehmen wollte.

Dies ist deshalb als Einschränkung anzusehen, weil Festigkeit des Willens und Wert des Rechtsguts nichts miteinander gemein haben. Es ist ohne weiteres vorstellbar, daß die letzte Entscheidung, ob die Tat ausgeführt werden soll, bei einem Angriff auf ein hochwertiges Rechtsgut, etwa bei einem Tötungsversuch, sehr spät, bei einem Angriff auf ein weniger hochwertiges Rechtsgut, etwa einem Diebstahlsversuch, sehr früh fällt. Gerade diese Inkonsequenz ist jedoch ein Zeichen dafür, daß auch bei der Abgrenzungsfrage nicht ohne einen klardefinierten Rechtsbegriff auszukommen ist.

34. Germann Versuch S.181

35. Germann Versuch S.181



Wenn nach Germann das angegriffene Rechtsgut die Strafbarkeitsgrenze (mit-)bestimmt, kann es auf den Strafbarkeitsgrund des Versuchs nicht ohne Einfluß sein. Das aber bedeutet, daß die Frage der Gefährdung auf Umwegen doch Bedeutung für die Versuchsdogmatik gewinnt.

#### 4. Der Einfluß der Lehre Germanns auf andere Autoren

Die rechtspolitischen Argumente Germanns zur Strafbarkeit des Versuchs und der subjektiv bestimmten Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung waren zunächst eindrucksvoll genug, um die dogmatischen Unklarheiten der Theorie in den Hintergrund treten zu lassen. Das von Germann geprägte Abgrenzungskriterium der Unumstößlichkeit des Willens ist inzwischen von der Rechtsprechung des schweizerischen Bundesgerichts übernommen worden.

Besonders Gautier hatte sich nach Germann für eine am Präventivzweck des Strafrechts orientierte Abgrenzungstheorie eingesetzt (Anm.36). Zwar lehnte Gautier eine Verschiebung der Strafbarkeitsgrenze in Bereiche ab, die mit der eigentlichen Straftat in kaum wahrnehmbarem Zusammenhang stehen (Anm.37), nach seinem Vorschlag für ein entsprechendes Gesetz (Anm.38) sollte vielmehr der Eindruck der Gefährlichkeit, den der Täter auf die Öffentlichkeit machte, entscheidend sein und die Strafbarkeit begründen, damit war aber ein Schritt vollzogen, der bei Betonung der Prävention als Strafzweck naheliegt, nämlich die Hervorhebung der Tätergefahrlichkeit, gegen die sich die Strafdrohung richtet. Der Vorbereitungshandlung wohnt demnach, obwohl ihretwegen eine Strafe verhängt werden soll, kein Unrecht inne. Der strafrechtliche Vorwurf richtet sich vielmehr unmittelbar gegen den Täter, während seine Taten noch die Symptome für seine Gefährlichkeit sind.

36. Gautier Sur L'impu-nité des actes préparatoires S.6 ff

37. Gautier aaO S.16

38. Art.19 Abs. 2 des Vorentwurfs sollte folgende Fassung erhalten: " Le juge pourra punir celui qui, par des actes aura manifesté le dessin de commettre un délit, pourvu que ces actes aient causé un trouble ou qu'ils démontrent que leur auteur est dangereux. La peine du délit sera atténuée".

Warum Gautier allerdings für eine Strafmilderung plädierte, läßt sich aus diesem Ansatzpunkt nicht erklären.

## V. Die Theorie Hafters

-----

Im Vergleich zu den Arbeiten Germanns und Gautiers tritt die Bedeutung des Lehrbuchs von Hafter für die Entwicklung der Unrechts- und Versuchsdogmatik besonders klar in Erscheinung. Hafter versuchte zwei Begriffe als fundamental herauszustellen: den objektiven, formal bestimmten Rechtswidrigkeitsbegriff (Anm. 39) und den Begriff der Adaequanz (Anm.40).

Hafter war der Auffassung, daß die " sogenannte objektive Rechtswidrigkeit ... nur formal bestimmt" werden kann (Anm.41), und er schloß daran den Satz an : "Rechtswidrig ist die Verletzung eines rechtlich geschützten Interesses, die Übertretung eines rechtlichen Verbots oder Gebots." Diese Definition entspricht allerdings nur in ihrem zweiten Teil dem Anspruch , rein formal zu sein. Hafter legte auf diesen Teil der Definition das entscheidende Gewicht und präziserte seinen Standpunkt dahin, daß " nur die Rechtsnormen bestimmen, ob ein Verhalten rechtswidrig ist oder ob es , auch wenn ein Rechtsgut verletzt oder gefährdet wird, gerechtfertigt erscheint" (Anm.42). Diese Formulierung schließt den Begriff des übergesetzlichen Notstandes aus der Strafrechtssystematik aus. Damit hatte Hafter alle materiellen Unrechtslehren abgelehnt. Er ging sogar soweit, den Begriff der Rechtswidrigkeit auf den der Strafbarkeit zu reduzieren (Anm.43).

39. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.85 ff

40. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.75

41. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.85

42. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.86

43. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S. 87: " Dadurch, das das Gesetz ein menschliches Verhalten für strafbar erklärt, begründet es seine Strafrechtswidrigkeit". Die Funktion des Unrechtsbegriffs , Baustein des Strafrechtssystems und Voraussetzung der Strafe zu sein, wird damit entwertet.

Wäre Hafter allerdings bei diesem Rechtswidrigkeitsbegriff stehen geblieben, hätte er hieraus schwerlich eine objektive Versuchslehre entwickeln können, denn der formale Begriff der Pflichtwidrigkeit ist viel eher geeignet, in einem subjektiven Verbrechensaufbau einen Platz zu finden. Hafter hat daher - ohne daß dies ihm freilich völlig bewußt geworden wäre - neben dem Rechtswidrigkeitsbegriff den der Adaequanz gestellt.

Dieser Begriff ist im Gegensatz zu dem der Kausalität kein naturwissenschaftlicher, beschreibender Begriff, sondern ein wertender. Der Satz Hafters "Ursächlich ist nur adaequat kausales Verhalten" (Anm.44) kann deshalb nur so verstanden werden, daß (im naturwissenschaftlichen Sinne) ursächliches Verhalten nur dann im Bereich des Strafrechts relevant ist, wenn es adaequat ist. Hafter hat (wie alle Vertreter der Adaequanztheorie) also nicht den Kausalitätsbegriff verändert, sondern die Berücksichtigung der Kausalität von einer scheinbar außerhalb der Unrechtsfeststellung stehenden Wertung abhängig gemacht.

Über die innere Berechtigung dieser Wertung soll an dieser Stelle nicht entschieden werden. Festzuhalten ist jedoch, daß Hafter im Kapitel über die Kausalität gerade den materiellen Begriff einführt, den er im Kapitel über das Unrecht zwar abgelehnt hat, den er für seine Versuchsdogmatik indessen benötigt. Scheinbar hielt Hafter allerdings auch bei seinen Ausführungen zum Versuch an einem formalen Standpunkt insoweit fest, als er den Versuchsbegriff durch die Gegenüberstellung von Versuch und Vollendung erfassen wollte (Anm.45).

44. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.75

45. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S.191: "Jedes Delikt ist vollendet, wenn der Täter, objektiv und subjektiv den gesetzlichen Tatbestand erfüllt hat. Das ist nach formalen Gesichtspunkten in jedem Einzelfall zu bestimmen. Ob der Täter die Ziele, die er sich gesetzt hat, erreichte oder nicht, ist juristisch bedeutungslos". (Mit dem letzten Satz wollte Hafter offenbar die Motive aus dem Vorsatzbegriff ausklammern).

In Wirklichkeit legte er das Hauptgewicht aber auf die Gefahr, die in bestimmten Fällen des Versuchs entsteht und derentwegen diese Fälle strafbar sein sollen (Anm.46). Da sich freilich wiederum nach den gesetzlichen Tatbeständen richtet, welche Gefährdung als rechtswidrig angesehen werden soll, sah sich Hafter veranlaßt, den materiellen Begriff der Gefahr mit der formalen Theorie vom Mangel am Tatbestand in Beziehung zu setzen. Beim Diebstahlsversuch an der eigenen Sache und beim Abtreibungsversuch der Nichtschwangeren könne, so war Hafters Ansicht, der Tatbestand überhaupt niemals erfüllt werden, so daß es notwendig an der Rechtswidrigkeit derartiger Handlungen fehle (Anm.47).

#### 1. Der Versuchsbegriff im Spannungsfeld formaler und materieller Kriterien

---

Die Verknüpfung von Gefahrbegriff und Lehre vom <sup>M</sup>angel am Tatbestand wäre nicht zu beanstanden, wenn Hafter die rein formale Bedeutung der Lehre vom Mangel am Tatbestand erkannt hätte, und wenn er konsequenterweise dieses formale Kriterium der Strafbarkeit des Versuchs dem materiellen in der Weise zur Seite gestellt hätte, daß eine im Versuch liegende Gefährdung nur dann strafbar sein soll, wenn ein Mangel am Tatbestand nicht vorliegt. Stattdessen ist Hafter aber von der Annahme ausgegangen, bei der Lehre vom Mangel am Tatbestand handele es sich nur um eine Umschreibung der objektiven Versuchstheorie. Das hat ihn dazu verführt, die Fälle des Versuchs mit "absolut untauglichen Mitteln" und am "absolut untauglichen Objekt" als Fälle des <sup>M</sup>angels am Tatbestand

46. Hafter Lehrbuch 1.Aufl. S. 196: "Versuch ist vorsätzliche Betätigung, die ihr Ziel nicht erreicht jedoch einen Gefahranzustand bewirkt".
47. Hafter Lehrbuch 1. Aufl. S.202ff: "Was von vornherein objektiv unmöglich ist, kann nicht vollendet werden. Mit der Ausführung kann dann aber auch nicht begonnen werden. Infolgedessen sind die Fälle des sogenannten Mangels am Tatbestand und des Versuchs am untauglichen Objekt straflos"...."Gleiche gilt für den Versuch mit absolut untauglichen Mitteln".

zu behandeln und draus überdies den Schluß zu ziehen, die Frage der Gefährdung könne danach beantwortet werden, ob das Mittel oder Objekt relativ oder absolut untauglich sind. Beides versteht sich indessen nicht von selbst.

Daß die Lehre vom <sup>M</sup>angel am Tatbestand die Stellungnahme zur objektiven oder subjektiven Versuchslehre nicht präjudiziert ist bereits im ersten Teil der Arbeit ausgeführt worden, (Anm.48), und daß die Begriffe der Gefahr und Adaequanz nichts mit dem der absoluten oder relativen Untauglichkeit zu tun haben, bedarf ebenfalls keiner näheren Erörterung mehr. Hafter hat mit dieser Vermischung formaler und materieller Gesichtspunkte seine Versuchslehre belastet und die Aufgabe, seinen Standpunkt bei der Lösung bestimmter Fallgruppen zu bestimmen, erschwert.

Zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung hat Hafter abgesehen von dem Hinweis, daß mit der Ausführung eines Verbrechens nicht begonnen werden könne, wenn dessen Vollendung absolut unmöglich sei (Anm.49) seine Meinung nicht klar geäußert. Den Rücktritt vom Versuch behandelte Hafter als persönlich wirkenden Strafaufhebungsgrund, wobei sich die Belohnung des Täters in erster Linie aus kriminalpolitischen Erwägungen, in zweiter Linie nicht selten auch wegen des ethischen Werts des Rücktritts rechtfertigte (Anm.50). Ob der ethische Wert des Rücktritts allerdings in allen Fällen von Bedeutung sein soll, ob insbesondere nicht nur die Freiwilligkeit des Rücktritts, sondern auch stets dessen Motiv relevant sein soll, ließ Hafter offen.

48. vergl. oben S.34 ff.

49. vergl. Zitat in Anm.47. Man wird jedoch Germann (ZStW 71/168) darin zustimmen haben, daß Hafter (Lehrbuch 1.Aufl.S.193) insgesamt einen objektiven Standpunkt eingenommen hatte.

50. Hafter Lehrbuch 1.Aufl.S.206



## 2. Die Entwicklung der Hafter'schen Lehre in der zweiten Auflage seines Lehrbuchs

---

In der 20 Jahre nach der ersten Auflage im Jahre 1946 erschienenen zweiten Auflage seines Lehrbuchs hat Hafter im wesentlichen an seiner Lehre zum Wesen der Rechtswidrigkeit festgehalten. Die angeführten Zitate sind daher auch für die zweite Auflage des Lehrbuchs kennzeichnend (Anm.51). Der Ausgangspunkt Hafters blieb formal, die Normwidrigkeit sollte über die Rechtswidrigkeit allein entscheiden (Anm.52). Daneben aber stand die Feststellung, daß das Strafrecht dem Rechtsgüterschutz diene und daß sich an der Strafdrohung der Wert des geschützten Rechtsguts ablesen ließe, und daß " die mit seiner Verletzung oder Gefährdung erfüllte Rechtswidrigkeit " umso größer sei, je wertvoller das Rechtsgut sei (Anm.53).

Das Spannungsverhältnis zwischen formal und materiel bestimmter Rechtswidrigkeit blieb also ungelöst, und es kann daher nicht verwundern, daß dieses Spannungsverhältnis auch innerhalb der Versuchslehre Auswirkungen haben mußte. Die Lehre vom Versuch hat jedoch in der zweiten Auflage des Lehrbuchs einen breiteren Raum eingenommen.

Hafter hat drei Elemente des Versuchs hervorgehoben, daß subjektive Element des Tatentschlusses und die objektiven des Beginns der Ausführung und des Nichteintritts des tatbestandlichen Erfolgs (Anm.54).

51. vergl. die Passagen zur Rechtswidrigkeit in Hafters Lehrbuch 2.Aufl. (1946) S.93 ff, die zum Teil wörtlich mit denen der ersten Auflage übereinstimmen.

52. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S.93 ff. Vergleiche auch die scharfe Ablehnung der (straf-)rechtlichen Bedeutung von vorpositiven (Kultur-)normen etc.

53. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 96

54. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 200

Uneingeschränkt konnte Hafter allerdings nicht vom Anfang der Ausführung als einem rein objektiven Element des Versuchs sprechen, denn in der bloß fakultativen Strafmilderung sah er eine Bestätigung der Ansicht Germanns, nach der der Beginn der Ausführung subjektiv nach den Vorstellungen des Täters zu bestimmen sei (Anm.55). Den Schluß, daß die neue gesetzliche Regelung der Versuchsbestrafung nicht nur im Hinblick auf die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung zu einer subjektiven Theorie führt, zog Hafter indessen nicht. Er unterschied vielmehr weiterhin zwischen relativ und absolut untauglichen Versuchen. (Anm.56) Den relativ untauglichen Versuch (Anm.57) sah er als uneingeschränkt strafbar an, während er hinsichtlich des absolut untauglichen Versuchs differenzierte.

Der Versuch des untauglichen Subjekts und auch der Diebstahlsversuch an der eigenen Sache wurden als Fälle des Mangels am Tatbestand behandelt (Anm.58). Ebenfalls straflos sollten nach Hafter die Fälle des Versuchs mit absolut untauglichen Mitteln bleiben, wenn das angegriffene Rechtsgut nicht einmal gefährdet war (Anm.59). Im übrigen mußte Hafter im Hinblick auf die eindeutige Regelung des Artikels 23 die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs - wenn auch mit einer Milderungsmöglichkeit - anerkennen.

55. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 206

56. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 212

57. Hierunter verstand Hafter z.B. den Versuch mit unzureichenden Mitteln, den Versuch mit einer schlechten Waffe oder die laienhafte Anwendung eines Abtreibungsinstrumentes -Lehrbuch 2.Aufl. S. 212

58. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 215, 213 Anm. 2

59. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 217

Selbst an der prinzipiellen Strafbarkeit des abergläubischen Versuchs kam er nicht vorbei und schließlich mußte er einräumen, daß bei konsequenter Anwendung des Gesetzes auch für die Fälle des Mangels am Tatbestand kein Raum war, (Anm.60) - was freilich nur richtig ist, wenn Mangel am Tatbestand und absolut untauglicher Versuch als synonyme Begriffe verstanden werden.

Neben der Unterscheidung zwischen tauglichem und untauglichem Versuch ist durch die gesetzliche Regelung auch die gesonderte Behandlung von vollendetem und unvollendetem Versuch notwendig geworden. Als unvollendeten Versuch definierte Hafter denjenigen, den der Täter nach Beginn der Ausführung nicht zu Ende führt (Anm.61), während von einem vollendeten Versuch dann gesprochen werden muß, wenn der Täter die strafbare Tätigkeit zu Ende geführt hat, der Deliktserfolg aber nicht eingetreten ist (Anm.62). Je nachdem ob unvollendeter oder vollendeter Versuch vorlag, waren unterschiedliche Anforderungen an den Rücktritt zu stellen.

Während beim unvollendeten Versuch nach Hafter das freiwillige Abstehen von der weiteren Ausübung der Tat genügte (Anm.63), gleichgültig ob der Versuch an sich relativ oder absolut untauglich war, konnte der Täter bei vollendetem Versuch nur durch tätige Reue straffrei werden und auch dies nur, wenn der Versuch nicht untauglich war (Anm.64). Bei untauglichem ("vollendetem") Versuch war nach Hafter der Eintritt des Erfolges ohnehin aus-

60. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 214

61. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 205

62. Hafter Lehrbuch 2. Aufl. S. 209

63. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 208

64. Hafter Lehrbuch 2. Aufl. S. 218, 211,

geschlossen, so daß das durch Belohnung mit Straffreiheit erstrebte Ziel, die Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts aufzuheben, nicht erreicht werden könne.

Tatsächlich läßt sich nicht leugnen, daß es irgendwelcher Rettungsmaßnahmen nicht bedarf, um den, der ein ihm in Vergiftungsabsicht irrtümlich verabreichtes Zucker bereits geschluckt hat, am Leben zu erhalten. Dennoch ist damit noch nicht entschieden, ob die Anstrengungen des Täters, die vermeintliche Gefährdung rückgängig zu machen, aus kriminalpolitischen Erwägungen unberücksichtigt bleiben müssen.

Kriminalpolitische Erwägungen sind solche, die am Strafzweck orientiert sind. Strafzweck aber kann nicht der Schutz ganz bestimmter Rechtsgüter, etwa der Schutz des Lebens des Herrn X sein. Vielmehr ist der Schutz bestimmter Rechtsgüter nur als Folge des durch Strafdrohung erreichten allgemeinen Rechtsgüterschutzes zu verstehen, der dadurch erreicht wird, daß in dem potentiellen Täter durch die Strafdrohung im Hinblick auf das verbrecherische Vorhaben Gegenmotive ausgelöst werden.

Entsprechend, wenn auch im gegenteiligen Sinn, dient auch die gesetzlich fixierte Aussicht auf Straffreiheit oder Strafminderung unmittelbar nur dem allgemeinen Rechtsgüterschutz und erst mittelbar auch dem Schutz ganz bestimmter Rechtsgüter. Soll diese Aussicht auf Straffreiheit ihre Wirkung auf Täter nicht verfehlen, kann das gesetzgeberische Versprechen nicht dergestalt eingeschränkt werden, daß die Straffreiheit von Faktoren des konkreten Einzelfalls abhängig gemacht wird, die der Täter nicht überblickt. Es darf der Täter mit anderen Worten nicht über das im Unklaren gelassen werden, was ihn als Folge seiner Tat erwartet. Läßt man diese Unsicherheit zu, schränkt man die motivierende Wirkung der versprochenen Straffreiheit auf potentielle Täter ein. Mit kriminalpolitischen Erwägungen ist demnach die These Hafters, daß der untaugliche, "vollendete" Versuch strafbar sein soll, nicht zu rechtfertigen.

Hafter hatte im übrigen umso mehr Grund gehabt, das wohlgemeinte Bemühen des Täters, der einen untauglichen Versuch beendet hat, zu honorieren, als er die Motive des Täters beim Rücktritt keineswegs unberücksichtigt lassen wollte. Auch insoweit blieb er seiner in der ersten Auflage seines Lehrbuchs geäußerten Auffassung treu. Zwar ging er davon aus, daß für die Frage der Freiwilligkeit, der unabdingbaren Voraussetzung des strafbefreienden Rücktritts, das jeweilige Motiv irrelevant sei, bei der Frage jedoch, ob von der Strafe völlig abgesehen werden und in welchem Maße die Strafe gemildert werden kann, müßten seiner Meinung nach indessen die Motive berücksichtigt werden (Anm.65). Trotz Freiwilligkeit des Täters sollte nach Hafter ein Richter - dem das schweizerische Strafrecht in Art. 21 bis 23 einen weiten Entscheidungsspielraum läßt - die volle Strafe verhängen können, wenn der Rücktritt aus erkennbaren niederen Beweggründen erfolgt ist (Anm.66). Wenn auf diese Weise das ethische Moment auch innerhalb der Rücktrittsproblematik derartig stark die Entscheidung bestimmen soll, ist nicht einzusehen, warum die gleiche ethische Leistung verschieden bewertet werden soll, je nachdem, ob der vom Täter beendete Versuch wirklich gefährlich war oder nicht.

#### VI. Die Literatur nach Inkrafttreten des schweizerischen Strafgesetzbuches

-----

Als die zweite Auflage von Hafters Lehrbuch erschien, war das neue schweizer Strafgesetzbuch bereits in Kraft getreten. Es ergab sich damit ganz von selbst, daß neben Hafters Lehrbuch eine Reihe weiterer Darstellungen in Form von Kommentaren, Grundrissen und Monographien erschienen. Insgesamt bestand dabei weitgehend die Übereinstimmung, daß die Versuchsregelung des StGB nur von der Perspektive der subjektiven Lehre aus richtig verstanden werden kann. Im einzelnen können jedoch Unterschiede festgestellt werden,

65. Hafter Lehrbuch 2.Aufl. S. 208 ff

66. Hafter Lehrbuch 2. Aufl. S. 209



die vor allem bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch deutlich zu Tage treten.

# 1. Die Lehre Thormanns zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ---

Thormann hatte noch vor Inkrafttreten des Strafgesetzbuchs versucht, der formell objektiven Theorie Eingang in die schweizerische Strafrechtslehre zu verschaffen. Er ging davon aus, daß ein Versuch bestimmte objektive Tatbestandselemente enthält und daß demgemäß Versuch " nur in einer Betätigung liegen kann, die nicht erkennbar zum mindesten einen Teil der Ausführung des Delikts oder der Verwirklichung des Tatbestandes darstellt" (Anm.67).

Er forderte demgemäß eine genaue Umschreibung der verbrecherischen Tätigkeit im besonderen Teil des Strafgesetzbuches und erblickte in dieser Umschreibung die Voraussetzung für die Praktikabilität der formalobjektiven Theorie. Freilich sah auch Thormann sich dem Problem gegenübergestellt, daß es schlechthin unmöglich ist, alle die Möglichkeiten , eine Tötung, einen Betrug, eine Körperverletzung, einen Diebstahl etc. auszuführen, in einem Gesetz zu erfassen. Er erörterte daher die materiell-objektiven Abgrenzungstheorien, insbesondere auch die Frank'sche Formel, verwarf diese Lehre jedoch , da sie den Vorteil der Eindeutigkeit, den er sich von der formal- objektiven Theorie versprach, mit aufs Spiel setzte (Anm.68).

Daß diese Eindeutigkeit in Wahrheit angesichts der nur auf Kausalität abstellenden Tatbestände nichts mehr als eine Illusion sein kann, weil die Kausalität dem Versuch seinem Begriffe nach

67. Thormann " Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen" SchwZStrR. 49(1935)/4

68. Thormann SchwZStrR.49/6

gerade fehlt, entging Thormann. Das zweite mit der formal-objektiven Tatbestandslehre zusammenhängende Problem, die Strafbarkeitslücke, versuchte Thormann dadurch zu bewältigen, daß er Gautiers Vorschlag, bestimmte Vorbereitungshandlungen als Deliktstatbestände in das Strafgesetzbuch einzufügen, übernahm (Anm.69).

## 2. Der Grundriß von Clerc-Steck

Die offensichtliche Schwierigkeit, die formell-objektive Abgrenzungstheorie auf Tatbestände abzustimmen, die jedes kausale Handeln als tatbestandsmäßige Tätigkeit genügen lasse, versuchte man in der Schweiz zum Teil durch die Forderung zu überwinden, die Handlung müsse wenigstens eine tatbestandliche Tendenz erkennen lassen. In dem Grundriß von Clerc-Steck (Anm.70) ist dies zwar aus der Abgrenzungsformel selbst noch nicht herauszulesen, daß die Erkennbarkeit des Tatplans im Mittelpunkt steht, bestätigt sich jedoch in den Ausführungen Clercs zum Grund der Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen. Hier heißt es, die Vorbereitungshandlungen müssen straflos bleiben, weil "geradezu unmöglich sei, die wahre Absicht einer Handlung, der sehr wohl dieses oder jenes Motiv zugrunde liegen kann, zu bestimmen" (Anm.71) und wenig später weist Clerc ausdrücklich darauf hin, daß die Absicht des Täters unzweideutig sein müsse (Anm.72).

69. Thormann SchZStrR.49/14

70. Die Abgrenzungsformel lautet: Die Ausführung beginnt" im Zeitpunkt in dem der Täter den vorgefaßten Plan mit Hilfe der vorbereiteten Mittel zur Ausführung bringt. Der Beginn der Ausführung ist also stets eine Handlung, welche eines der objektiven Tatbestandsmerkmale des Delikts darstellt oder direkt auf dessen Vollendung hinzielt". Grundzüge S.53

71. Clerc Grundzüge S. 52

72. Clerc Grundzüge S.53

Trotz dieser objektiv orientierten Abgrenzungstheorie, erkannte Clero den subjektiven Standpunkt des Gesetzes in der Frage der Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ausdrücklich an (Anm.73) und hielt nur das Wahnverbrechen für straflos (Anm.74). Bei der Frage des Rücktritts vom Versuch sah er in der Gesetzesfassung, die nur die alternative Strafaufhebung oder volle Bestrafung enthielt, den Ausdruck des für den Richter geltenden Verbots, die Strafe nur zu mildern (Anm.75). Das Argument a maiore ad minus lehnte er in diesem Zusammenhang ab.

### 3. Der Kommentar von Logoz

Wie Clero stellte sich auch Logoz in seinem Kommentar auf den Standpunkt, daß Art. 21 StGB nur im Sinne einer objektiven Theorie zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch auszulegen sei. Er folgte der sich durchsetzenden Auslegung der Art.21 ff auch insoweit, als sie den untauglichen Versuch mit Ausnahme des Wahndelikts für strafbar hielt (Anm.76), und er stimmte Hafter schließlich darin bei, daß die Straflosigkeit des Rücktritts kriminalpolitisch erklärt werden müsse, daß aber "bisweilen sogar Gründe der Gerechtigkeit" (Anm.77) ausschlaggebend seien, daß insbesondere das Motiv des Rücktritts wenn auch nicht für die Frage der Freiwilligkeit, wohl aber für den Grad der Strafmilderung Bedeutung haben müsse. Eine Milderbestrafung des "unvollendeten" Versuchs ist nach Logoz gerechtfertigt, da der Täter in seinem verbrecherischen Willen weniger weit gegangen ist als beim "vollendeten" Versuch (Anm.78) - zweifellos eine gewisse Konzession an die objektive Versuchslehre.

73. Clero Grundzüge S.59

74. Clero Grundzüge S.59

75. Clero Grundzüge S.55

76. Logoz Commentaire S.81

77. Logoz Commentaire S.86

78. Logoz Commentaire S.88

#### 4. Der Kommentar von Thormann-Overbeck

Schließlich teilte auch der Kommentar von Thormann-Overbeck im wesentlichen den zwischen den Theorien vermittelnden Standpunkt Hafters. Als Grund für die Notwendigkeit der Versuchsbestrafung überhaupt nennt der Kommentar die Begriffe Rechtsgüterschutz und Schuldprinzip (Anm.79) und zeigt bereits damit, daß die vertretene Versuchslehre objektive und subjektive Momente enthält.

Diese Verbindung widerstreitender Prinzipien stieß freilich auf erhebliche Schwierigkeiten. So wurde zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch die im vorhergehenden bereits berührte formalobjektive Theorie von Thormann auch im Kommentar übernommen, in dem es heißt, zur (straflosen) Vorbereitung gehörten alle Handlungen, die noch keinen Beginn der Verwirklichung des betreffenden Tatbestands enthalten (Anm.80).

Im Hinblick auf die gesetzliche Regelung, nach der auch der untaugliche Versuch straflos ist, heißt es im folgenden aber einschränkend, daß auch dann von einem Beginn der Ausführung gesprochen werden könne, wenn die Vollendung nicht im Bereich des Möglichen gelegen hat (Anm.81). Doch auch über die Grenzen der prinzipiell anerkannten subjektiven Theorie zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs schafft der Kommentar keine letzte Klarheit: Er vertritt die Ansicht, daß dem untauglichen Versuch, genauer dem Versuch mit untauglichen Mitteln oder am untauglichen Objekt der Fall des Mangels am Tatbestand gegenübergestellt werden müsse (Anm.82), der dann anzunehmen sei, wenn " von vornherein ein anderes Merkmal als das taugliche Mittel oder Objekt" fehlt (Anm.83). Als Beispielsfall nennt der Kommentar allerdings

79. Thormann-Overbeck StGB AT S.110

80. Thormann-Overbeck StGB AT S.111

81. Thormann-Overbeck StGB AT S.112

82. Thormann-Overbeck StGB S. 117

83. Thormann-Overbeck StGB S.117. Gerade den Fall des Diebstahls der eigenen Sache sah Thormann-Overbeck nicht als Fall des Mangels am Tatbestand, sondern als Versuch am untauglichen Objekt an.

den Fall des sogenannten <sup>un-</sup>tauglichen Subjekts, der als Beispiel für einen Mangel am Tatbestand nur gerechtfertigt ist, wenn auch die Untauglichkeit eines tatbestandlich umschriebenen Mittels oder Objekts als Teil des Mangels am Tatbestand angesehen wird. Ein Grund, zwischen der Behandlung des untauglichen Subjekts und des untauglichen Objekts zu differenzieren, besteht aus der Sicht der Lehre vom Mangel am Tatbestand nicht.

Die Straflosigkeit des Täters, der von seinem Versuch zurückgetreten ist, hat der Kommentar von Thormann-Overbeck in Übereinstimmung mit den im vorhergehenden beschriebenen Lehrbüchern und Kommentaren als Ausdruck kriminalpolitischer Klugheit und als Forderung des Gerechtigkeitsgedanken zugleich interpretiert (Anm.84). Die Freiwilligkeit als Voraussetzung für Straflosigkeit und Strafmilderung sollte zwar unabhängig von dem Beweggrund des Täters für seinen Rücktritt festgestellt werden, doch sollte das Motiv aus Gründen der Gerechtigkeit über das Maß der Strafmilderung und die Straflosigkeit entscheiden (Anm.85). Auch bei "vollendetem" Versuch war dann die Möglichkeit der Strafmilderung gegeben, wenn der Täter den Erfolg durch tätige Reue abgewendet hatte. Konnte der Erfolg allerdings von vornherein nicht eintreten, sollte sich der Täter nach Thormann-Overbeck Strafmilderung auch nicht durch das Bemühen verdienen, den scheinbar drohenden Erfolg abzuwenden. (Anm.86)

## 5. Monographien zur Versuchslehre nach 1942

---

Auch die Monographien und Aufsätze, die nach dem Inkrafttreten

84. Thormann-Overbeck StGB S. 112

85. Thormann-Overbeck StGB S. 114

86. Thormann-Overbeck StGB S. 115



des schweizerischen Strafgesetzbuches in den 40-iger Jahren erschienen waren, nahmen - obwohl untereinander um Nuancen voneinander abweichend - einen differenzierenden Standpunkt bei der Auslegung der Versuchsbestimmungen ein.

Von Salis glaubte eine objektive Abgrenzungstheorie mit einer subjektiven Theorie zur Strafbarkeit des untauglichen Versuchs verbinden zu können (Anm.87), rechnete dabei aber, was sicher nicht den Intentionen des Gesetzes entspricht, sowohl den Versuch mit absolut untauglichen als auch den Versuch mit relativ untauglichen Mitteln unter Art.23 und wollte auch den Versuch am relativ untauglichen Objekt unter diesen Tatbestand subsummieren, obwohl die im Gesetzestext enthaltene Formulierung " überhaupt" eindeutig auf eine abstrahierende Betrachtungsweise hindeutet (Anm.88).

Eine weitere unhaltbare These stellte von Salis damit auf, daß er den Schuß auf einen Baumstamm als Fall des (straflosen) Mangels am Tatbestand ansah, diesen aber dahingehend definierte, daß ein anderes Tatbestandsmerkmal als ein taugliches oder untaugliches Mittel oder Objekt fehle (Anm.89). Gerade die Untauglichkeit des Objekts und nichts anderes ist aber Kennzeichen eines Schusses auf einen Baum in Tötungs- oder Verletzungsabsicht. Gerade diese Mißverständnisse und offensichtliche Unrichtigkeiten scheinen aber von Salis zu einer materiellen Betrachtungsweise des im Versuch liegenden Unrechts geführt zu haben, die man im schweizerischen Schrifttum vermißt und die durch die in der gesetzlichen Versuchsregelung unglücklicherweise getroffenen Unterscheidung zwischen relativ und absolut untauglichem Versuch einerseits und den dominierenden kriminalpolitischen Gesichtspunkten andererseits möglicherweise auch in den Hintergrund gedrängt wird.

87. von Salis "Erfolg" S. 38 ff, ferner S. 101

88. von Salis Erfolg S. 40

89. von Salis Erfolg S.41

Von Salis sah im Versuch nämlich den Angriff auf ein ernstlich gefährdetes Rechtsgut (Anm.90). Die Antwort auf die Frage der Rechtsgutsgefährdung sollte deshalb über die Strafbarkeit entscheiden. Damit war der Rechtsgutsbegriff wieder in den Mittelpunkt der Versuchsdogmatik gerückt und damit konnte der sogenannte untaugliche Versuch als Versuch, dem die Gefährlichkeit, d.h. die Voraussetzung der Rechtswidrigkeit fehlte, gekennzeichnet werden (Anm.91). Die subjektive Theorie, die einen anderen Rechtsgutsbegriff zugrunde legen muß und teilweise auf seine Klärung völlig verzichtet, muß nach von Salis zu Verdachtsstrafen führen (Anm.92). Gerade beim sogenannten abergläubischen Versuch greife die subjektive Theorie regelmäßig auf fragwürdige Prognosen zurück, die häufig von der tatsächlichen Entwicklung überholt würden. Von Salis nannte hierfür den Fall Karli (Anm.93), in dem ein Ehemann seine Frau zuerst mit Beschwörungen und Hexereien umbringen wollte, dann aber zu Gift griff und sein Ziel erreichte. Von einer Ungefährlichkeit des dem ersten abergläubischen Versuch zugrundeliegenden Willens konnte hier keine Rede sein.

Die Gegenposition hatte Martin bezogen (Anm.94). Er leugnete die Unterscheidbarkeit von relativ und absolut untauglichem Versuch (Anm.95) und vertrat (trotz der im Gesetz offenbar getroffenen Unterscheidung) die Ansicht, im schweizerischen StGB sei die subjektive Versuchstheorie verwirklicht worden (Anm.96).

90. von Salis Erfolg S.102

91. von Salis Erfolg S. 106

92. von Salis Erfolg S. 103

93. von Salis Erfolg S. 104

94. Martin Essai sur le délit impossible SchwZStrR 57(1943)S.317ff

95. Martin SchwZStrR 57/326 ff

96. Martin SchwZStrR 57/323, 327

Hieraus zog er für den in der Versuchslehre maßgeblichen Unrechtsbegriff die Folgerung, daß das Unrecht des strafbaren Versuchs allein in der Handlung, nicht aber im Erfolg zu suchen sei (Anm.97). Da aber die Handlung durch den deliktischen Willen bestimmt wird, dieser seinerseits regelmäßig von der Tauglichkeit der angewandten Mittel unbeeinflußt bleibt, stellte sich für Martin die auch von anderen Autoren aufgegriffene Frage, wie die Möglichkeit der Strafmilderung, die das schweizerische StGB vorsieht, in der Versuchsdogmatik unterzubringen ist.

Diese Frage beantwortete er dahin, daß subjektive Versuchstheorie und Milderungsmöglichkeit der Strafe bei absolut untauglichem Versuch letztlich nicht vereinbar seien. Nur wenn der Umstand, daß das Delikt unmöglich war, in der Weise Rückschlüsse auf den deliktischen Willen zuläßt, daß der Wille an der Grenze der Harmlosigkeit lag, sollte eine Strafmilderung gerechtfertigt sein (Anm.98). Ob mit dieser einschränkenden Interpretation dem Willen des Gesetzgebers Genüge geleistet worden ist, muß zweifelhaft erscheinen. Die sich aufdrängende Frage der Vereinbarkeit von Strafmilderungsmöglichkeit und subjektiver Versuchstheorie konnte daher durch Martin noch nicht als beantwortet angesehen werden.

Auch Witz, der wie Martin die subjektive Theorie im Strafgesetz verwirklicht sah, konnte das Problem nicht lösen und stellte nur fest, daß die subjektive Theorie durch die Möglichkeit der Strafmilderung eingeschränkt sei (Anm.99), was ihn freilich ebenfalls nicht hinderte, der Tauglichkeit des Handelns im Versuch und dem Erfolg im Strafrecht überhaupt die Bedeutung eines Anknüpfungspunkts für die Strafe abzusprechen (Anm.100). Der Grund der Strafbarkeit müsse aus dem Prinzip des Schuldstrafrechts entwickelt

97. Martin SchwZStrR 57/323

98. Martin SchwZStrR 57/327

99. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S. 18ff

100. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S. 11

werden, heißt es an der zitierten Stelle.

Hierbei scheint es sich allerdings um eine etwas oberflächliche Betrachtungsweise zu handeln, denn abgesehen davon, daß der deliktische Wille allein unter dem Aspekt der Schuld geprüft wird, das Rechtswidrige der Versuchshandlung also völlig im Dunkeln bleibt, ergibt sich hieraus die Bestrafung des untauglichen Versuchs keineswegs zwingend, denn das Schuldprinzip verlangt allein, daß nur schuldhaftes Handeln bestraft wird, nicht dagegen, daß jede Tat, die Schuld erkennen läßt, verfolgt wird. Die strafrechtliche Verfolgung kann ohne weiteres von (zusätzlichen) objektiven Kriterien abhängig gemacht werden. Sie wird es in der Regel, ohne daß dadurch das Schuldprinzip aufgegeben würde.

Witz hat jedoch nicht einmal mit dem Schuldprinzip Ernst gemacht. Strafgrund des Versuchs sollte vielmehr die gefährliche Gesinnung des Täters sein. Daß damit nicht die konkrete Gefährdung eines Rechtsguts durch die historische Tat, sondern die in die Zukunft weisende Gefährlichkeit des Täters gemeint war, daß also präventive Gesichtspunkte den Ausschlag geben sollten, ließ Witz nicht im Zweifel. Wenn der Täter seinen deliktischen Willen manifestiert hat, so argumentierte er nämlich, " muß befürchtet werden, daß er bei nächster Gelegenheit und bei günstigeren Voraussetzungen das beabsichtigte Delikt neuerdings und dieses Mal mit mehr Erfolg zur Ausführung bringt" (Anm.101).

Man ist geneigt hieraus zu folgern, daß die Gefährlichkeit des Täters in jedem Fall, wenn sie nur erkennbar geworden ist, die Strafsanktion auslösen sollte. Witz ging indessen nicht so weit und nahm damit eine gewisse Inkonsequenz in Kauf. Er ließ die Manifestation des Willens für sich allein nicht genügen. Zwar lehnte er auch objektive Abgrenzungskriterien mit dem Argument ab, ihr Grundgedanke, daß Ausführungshandlungen den Erfolg intensiver bedingen als Vorbereitungshandlungen (Anm.102), sei mit dem Wesen der Kausalität nicht vereinbar, doch hielt er auch rein subjektive Abgrenzungstheorien, die auf die Festigkeit des Willens abstellen, für willkürlich und undurchführbar (Anm.103).

101. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S. 17

102. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S.28

103. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S.29 ff

Vor allem führt nach Witz eine subjektive Versuchstheorie in der von ihm abgelehnten Ausprägung dazu, daß eine begriffliche Unterscheidung von Vorbereitung und Versuch ausscheidet (Anm.104). Diese begriffliche Unterscheidung hat allerdings auch Witz in seiner Abgrenzungstheorie nicht erzielt. Er glaubte die Vorbereitungshandlungen nämlich nur wegen der ungenügenden menschlichen Erkenntnisfähigkeit aus dem Bereich des strafbaren Versuchs ausscheiden zu können. Die Erkenntnisfähigkeit des Menschen erlaube keine " uneingeschränkte Abstrahierung des einer Handlung zugrundeliegenden Willens" (Anm.105).

Witz glaubte deshalb den Zeitpunkt, in dem die Vorbereitungshandlung in einen Versuch übergeht, vom Standpunkt eines unbefangenen Beobachters aus bestimmen zu können und formulierte seine Ansicht, die der in Österreich bekannteren *dolus ex re* Lehre nahe kommt, wie folgt: " Handlungen, welche keinen deliktischen Erfolg und damit keinen Willen erkennen lassen" sollen als Vorbereitungshandlungen behandelt werden.

Dagegen sollen Handlungen, " welche aufgrund der Erfahrungen auf einen bestimmten deliktischen Erfolg und damit auf den ihnen zugrundeliegenden deliktischen Willen schließen lassen" als Ausführungshandlungen gelten (Anm.106). Damit war er freilich nicht so weit von den subjektiven Abgrenzungstheorien entfernt, die er abgelehnt hatte, denn auch diese ließen nicht genügen, daß sich der verbrecherische Willen " irgendwie" manifestierte. Der gegen die subjektiven Theorien erhobene Vorwurf, auf willkürliche Abgrenzungen zurückzugreifen, ließ sich jedoch gerade gegen die Thesen von Witz vorbringen, denn er hatte einerseits den deliktischen Willen für den alleinigen Anknüpfungspunkt der Versuchsstrafe ausgegeben, ohne andererseits zu begründen, warum erst bei Erkennbarkeit des deliktischen Willens aus

104. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S. 36

105. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S.47

106. Witz Vorbereitungshandlung und Versuch S.45



der äußeren Erscheinung der Tat ein Handeln als tatbestandlich angesehen werden dürfe. Grund für diese willkürliche Abgrenzung war, daß Witz den für die Versuchsdogmatik maßgebenden Unrechtsbegriff nicht deutlich herausgearbeitet hatte und (deshalb) der Annahme war, er sei bei der Entwicklung seiner Abgrenzungstheorie ungebunden.

Ebenso wie eine auf der Gefährdung eines Rechtsguts aufbauende objektive Theorie die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nur nach dem Eintritt der Gefährdung bestimmen kann, ist jedoch auch eine subjektive Versuchslehre bei der Abgrenzungsfrage an ihre Stellungnahme zum Strafgrund des Versuchs gebunden. Am stärksten hat Germann diesen Grundsatz beachtet, und es ist nicht von der Hand zu weisen, daß die Anerkennung, die seine Verbrechenstheorie in der Schweiz gewonnen hat, auf ihre innere Konsequenz zurückgeht. Auch die Lehre Germanns erfüllt freilich nicht die Anforderungen, die aus der Sicht einer befriedigenden Dogmatik erhoben werden müßten.

#### 6. Die Interpretation der geltenden Versuchsbestimmungen durch Germann

---

Der Ausgangspunkt Germanns bei der Interpretation des neuen Strafgesetzbuches war kriminalpolitischer Art. Dies zeigt bereits an, daß er seine 1914 geäußerten Thesen nicht aufgegeben hatte, sondern sich eher in ihnen bestätigt fühlte. Durch das neue Strafgesetz sah er "eine entscheidende Brösche" (Anm.107) für die subjektive Verbrechenauffassung auf dem Gebiet des Versuchs und im Strafrecht überhaupt geschlagen. Die zutreffende Vorstellung, daß der Täter wegen seiner Gefährlichkeit bestraft werden müsse und daß sich die Gefährlichkeit des Täters wiederum in dem in die Tat umgesetzten verbrecherischen Willen zeige (Anm.108) sei zum Gesetz erhoben worden

107. Germann "Verbrechen" S. 16 ff

108. Germann "Verbrechen" S. 18

Freilich enthält diese Betrachtungsweise gerade aus kriminalpolitischer Sicht Gefahren, die auch Germann sah. Eine subjektive Versuchs- und Verbrechenslehre hat die Tendenz, die Strafbarkeitsgrenz bis an den bloßen verbrecherischen Gedanken vorzuverschieben und damit - von der Frage der Strafwürdigkeit abgesehen - Verhalten unter Strafe zu stellen, die tatsächlich niemals strafrechtlich erfaßt werden und zur Aburteilung kommen. Die dadurch aufgerissene Kluft zwischen gesetzlich normierter Strafbarkeit bzw. gesetzlich normiertem Strafanspruch einerseits und Rechtspraxis andererseits würde die Rechtsgeltung gefährden und zu einer bedenklichen Rechtsunsicherheit führen. "Je mehr unser Recht sich einem subjektiven Verbrechensbegriff zuwendet", so führte Germann aus, je mehr es "im Versuchulden den eigentlichen Grund der Strafbarkeit erblickt und darum grundsätzlich auch schon den Versuch unter Strafe stellt, desto bedeutsamer wird im Interesse der Rechtssicherheit die Grenze zwischen strafbarem Versuch und dem vorausgehenden straflosen Stadium (sogenannte Vorbereitung)" (Anm. 109).

Bei dieser Grenzziehung hatte Germann allerdings in erster Linie die Sicherheitsinteressen der Gemeinschaft und erst in zweiter Hinsicht das möglicherweise ungerechtfertigt von Strafe bedrohte Individuum im Auge. Der vor allem in der österreichischen Strafrechtslehre von Rittler und in Deutschland von Spendel hervorgehobene Gegensatz zwischen der liberalistischen Grundhaltung eines objektiven Strafrechtssystems und der absolutistischen Haltung eines konsequenten Subjektivismus tritt hier klar hervor. Germann hat

109. Germann SchwZStrR 49/285. Germann erfaßt den Begriff der Rechtssicherheit allerdings auch als Sicherheit des Einzelnen vor gesetzlichem Unrecht, also als Sicherheit, daß Recht geschieht. In diesem Sinne hat eine klare Abgrenzung zwischen strafloser Vorbereitung und strafbarem Versuch das der Staatsgewalt unterworfenen Individuum vor Gesinnungsschnüffelei zu schützen.

seinen Standpunkt freilich mit eindrucksvollen Argumenten begründet: " Dient das Strafrecht etwa der Sicherheit des Verbrechers?" - die Qualifizierung als "Verbrecher" findet also bereits vor der strafrechtlichen Prüfung seines Verhaltens statt - " Dient es (so. das Strafrecht) nicht vor allem der Sicherheit der von ihm (so. dem Verbrecher) bedrohten Rechtsgemeinschaft ? Muß dem Delinquenten ,dessen verbrecherischer Willensentschluß unbestreitbar ist, und sich bereits in Taten zu verwirklichen begonnen hat, die Sicherheit gegeben werden, wie weit er auf diesem Weg fortschreiten könne ohne sich einer Strafe auszusetzen?..... Auch wo durch den Grundsatz nullum criminis- ne lege und entsprechende prozessuale Vorschriften die Rechtssicherheit des Einzelnen gegenüber der staatlichen Strafgewalt gewährleistet werden soll, ist die Garantie nicht wegen des Verbrechers, sondern zum Schutze des Rechtschaffenen gegen willkürliche Strafe und Strafverfolgung bekundet worden" (Anm.110).

Da hier-mit dem Strafrecht letztlich die Funktion abgesprochen wird, die Grenzlinie zwischen Recht und Unrecht, zwischen Verbrechen und rechtschaffenen Verhalten zu sichern, da vielmehr bereits die Entscheidung darüber, wer " Verbrecher" ist und wer nicht, schon gefallen ist, ist die Festlegung der Strafbarkeitsgrenze zwischen Vorbereitung und Versuch im Grunde willkürlich, und es kann nicht verwundern, daß Germann diese Grenze weit vorgeschoben hat.

Allerdings hat er sich hierzu nicht allein durch kriminalpolitische Gründe bestimmen lassen. Er hat vielmehr die Frage untersucht, ab welchem Zeitpunkt bei einem auf ein deliktisches Ziel gerichteten Handeln von Unrecht gesprochen werden könne (Anm.111).

110. Germann Verbrechensbegriff S. 23

111. Hierbei hatte er offensichtlich nicht den vorstrafrechtlichen Begriff des ethisch Unwertigen und Verbrecherischen, sondern den in der Strafrechtsdogmatik vertrauten Begriff des Rechtswidrigen im Auge.

Im Hinblick auf die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs ging er davon aus, daß jeder Versuch Unrecht enthalten müsse. Da das Unrecht beim untauglichen Versuch jedoch nicht in einem objektiven Sachverhalt zu finden sei, müsse das Unrecht im subjektiven Gehalt der Tat liegen. (Anm.112) So wie es auch sonst subjektive Unrechtselemente gäbe, werde beim Versuch " die Tat durch den verbrecherischen Vorsatz zum Unrecht! Mag der Versuch regelmäßig erst durch das Strafrecht als rechtswidrig abgestempelt worden sein ", so führte er weiter aus, " so tut dies seinem Unrechtscharakter keinen Eintrag" (Anm.113). War aber der deliktische Vorsatz das Unrechtselement im Versuch, kam es für Germann nur darauf an, festzustellen, wann von einem deliktischen Vorsatz die Rede sein konnte. Mit dem Vorsatz war zugleich auch ein Versuch gegeben. Daß das Verhalten des Täters den Vorsatz erkennen läßt, war nach Germann nicht erforderlich (Anm.114). "Die Tat muß für den Täter den entscheidenden Schritt bedeuten über die Schwelle , wo nach seinem Plan und seinem Willen für ihn die eigentliche Ausführung des Delikts beginnen soll, wo es also für ihn normalerweise kein Zurück mehr geben wird. Als Indiz hierfür, doch nur als solches, kann eine Tat gelten, die deshalb für ihn entscheidend sein mag, weil sie auf dem Wege des Verbrechens die erste rechtswidrige Handlung darstellt. Auch ob die Tat als solche eindeutig in die Richtung des Delikts weist ist nicht entscheidend (Anm.115)".

112. Die von Hafter in der 1. Auflage seines Lehrbuchs (S.202) geäußerte Ansicht, in den Fällen des untauglichen Versuchs fehle die Rechtswidrigkeit , lehnte er ausdrücklich ab (Verbrechen S. 42).

113. Germann Verbrechen S. 42 ebenso Verbrechen S. 119 ff

114. Germann Verbrechen S. 191

115. Germann Verbrechen S. 191. Es ist auffallend, daß Germann von einer " rechtswidrigen " Handlung spricht, obwohl doch die Rechtswidrigkeit im Vorsatz begründet liege, der Vorsatz selbst aber erst überprüft werden soll. Mit anderen Worten taucht auch bei Germann der objektiv bestimmte Unrechtsbegriff auf.

Von dieser extrem subjektiven Abgrenzungstheorie ist Germann inzwischen etwas abgerückt. In seinem Erläuterungsbuch zum schweizerischen StGB lautet seine Formel nunmehr (Anm.116): " Maßgeblich ist, ob nach den Umständen und der Eigenart des Täters angenommen werden muß, er habe bei der Verwirklichung seines Entschlusses zum Delikt bereits den entscheidenden Schritt gemacht, von dem es für ihn normalerweise kein von äußeren Umständen unbeeinflusstes Zurück mehr gibt". Die ursprünglich nur zum Indiz des allein entscheidenden Vorsatzes erklärte Erkennbarkeit des deliktischen Willens ist damit zum Abgrenzungskriterium selbst geworden. Einen Anlaß, den allein auf dem bösen Vorsatz aufbauenden Unrechtsbegriff zu überdenken, sah Germann allerdings nicht. Der Unrechtsbegriff blieb vielmehr weitgehend ungeklärt. Dies gilt einmal im Hinblick auf die fehlende Abgrenzung zu dem ebenfalls subjektiv bestimmten Schuldbegriff und zum anderen im Hinblick auf die von Germann abgelehnte Verankerung des Unrechtsbegriffs in der finalen Handlungslehre.

Die Vermengung von Unrechts- und Schuldbegriff tritt vor allem in der programmatischen Schrift Germanns " Das Verbrechen im neuen Strafrecht" in Erscheinung. Wie bereits berichtet, hat Germann aus der Anerkennung der subjektiven Versuchstheorie gefolgert, das Verschuldensprinzip habe im Strafrecht einen endgültigen und vollkommenen Sieg gefeiert." Ist nicht das Verschulden damit ( nämlich mit der subjektiven Versuchstheorie) als die wesentliche Voraussetzung der Strafbarkeit anerkannt?" lautete die rhetorische Frage Germanns (Anm.117), dem augenscheinlich entgangen war, daß das Verschulden als Voraussetzung der Strafbarkeit ganz unbestritten war, und er überdies übersah, daß das Schuldprinzip und der Strafzweck der Prävention

116. Germann Schweizerisches StGB 8.Aufl. S. 40

117. Germann Verbrechen S.119



nur schwerlich zusammenpaßten.

In Wirklichkeit ging es nur um die Frage, ob das Verschulden alleinige Voraussetzung der Strafbarkeit sein kann. Das aber scheint Germann wenigstens ausdrücklich ebenfalls nicht gemeint zu haben, denn zwei Seiten nach der soeben zitierten Textstelle nennt er auch das Unrecht als notwendige Voraussetzung des Verbrechens. Die sich nun aufdrängende Frage, ob das Verschulden etwa im Sinne Adolf Merckels Voraussetzung des Unrechts ist, bleibt indessen unbeantwortet. Vielmehr heißt es an anderer Stelle vieldeutig, neben seiner Eigenschaft als Unrechtsmerkmal, erscheine " der Deliktsvorsatz zugleich als wesentliche Voraussetzung des Schuldvorwurfs" (Anm.118) und später betont Germann die fundamentale Bedeutung des Vorsatzes " sowohl für die Rechtswidrigkeit als auch für die Schuld" (Anm.119).

Von diesem wenig geklärten Standpunkt abzurücken sah Germann auch im Hinblick auf die damals noch neue finale Handlungslehre keinen Anlaß. Er lehnte es vielmehr überhaupt ab, eine Handlungslehre zur Grundlage einer Strafrechtsdogmatik zu machen. Von einem normativen Gesichtspunkt aus, auf den es allein bei der Beurteilung strafbaren Verhaltens ankomme, habe der Handlungsbegriff ohnehin keinen "bestimmten Charakter", lehrte er (Anm.120). Hiervon ist er bis heute nicht abgerückt. Aus dogmatischer Sicht blieb seine Lehre daher unbefriedigend, weswegen sie sich die gegen das in den 30-iger Jahren in Deutschland sogenannte "Willensstrafrecht" erhobenen Vorwürfe gefallen lassen muß.

118. Germann Verbrechen S. 120

119. Germann Verbrechen S. 142

120. Germann Verbrechen S. 141 ff

Die Stellungnahme Germanns zur Bedeutung des Rücktritts vom Versuch kann kurz zusammengefaßt werden, da sie keine neuen Ansätze enthält: Der Rücktritt hat Strafmilderung bzw. Straffreiheit zur Folge, je nach dem, um welche Art des Versuchs es sich handelt und wie der Rücktritt motiviert war. Weder beim vollendeten Versuch war nach Germann der Rücktritt ausgeschlossen noch beim sogenannten untauglichen Versuch. Hier sollte eine nach Ansicht des Täters dem Erfolg entgegenwirkende Tätigkeit genügen, solange der Täter vom Mißlingen oder der Aussichtslosigkeit seines Versuchs nicht überzeugt war (Anm. 121).

Straflos sollte schließlich der Versuch des sogenannten untauglichen Subjekts und der abergläubische Versuch sein, (Anm. 122) letzteres wenn anzunehmen sei, daß der Täter nach dem Versagen der angewandten Mittel nicht zu einem wirksameren Vorgehen entschlossen war (Anm. 123).

Hier bricht wiederum der für Germann letztlich entscheidende kriminalpolitische Gesichtspunkt durch, der die von ihm vertretene Versuchsdogmatik präjudiziert. Selbst die fakultative Strafmilderung, den Art. 21 StGB für jeden Versuch vorsieht, hat Germann mit kriminalpolitischen Erwägungen zu erklären versucht. Er sah die Strafmilderung namentlich da als gerechtfertigt an, "wo der Deliktvorsatz des Täters von vornherein auf eine bestimmte Art, das Delikt zu begehen, "beschränkt" ist, "von der kaum der Erfolg zu erwarten ist" (Anm. 124). Dies steht im klaren Gegensatz zu der These Germanns, der böse Wille allein sei Grund der Strafe, denn die Beschränkungen des Willens mag den Täter für die Zukunft als ungefährlich erscheinen lassen, die Intensität des bösen Willens bleibt indessen von

121. Germann Verbrechen S. 196

122. Germann Verbrechen S. 195 ff. Den Versuch des untauglichen Subjekts begriff Germann offenbar als strafloses Putativdelikt vergl. ZsTW 71/166, Schweizerisches StGB S. 38, 42

123. Germann Verbrechen S. 196

124. Germann Verbrechen S. 195

seiner Beschränkung unberührt.

Innerhalb der subjektiven Versuchslehre Germanns bleiben daher aus dogmatischer Sicht folgende Probleme ungelöst: Das Verhältnis von Unrecht und Schuld, das Verhältnis von Handlungslehre und Unrechtsbegriff und das Problem der fakultativen Strafmilderung. Die beiden letzten Probleme hat in jüngster Zeit Stratenwerth behandelt.

## VII. Die dogmatische Vertiefung der Versuchslehre bei Stratenwerth

-----

### 1. Das Problem der fakultativen Strafmilderung

"Die fakultative Strafmilderung beim Versuch" bildete das Thema eines Aufsatzes, den Stratenwerth 1963 in der Festgabe zum schweizerischen Juristentag veröffentlicht hat. Stratenwerth ging davon aus, daß mit der bloß fakultativen Strafmilderung der subjektive Gedanke zum Durchbruch gelangt sei (Anm.125) und schloß daraus, daß nicht die Bestrafung eines jeden Versuchs milder als die des vollendeten Delikts ausfallen kann, die Strafmilderung wäre dann quasi eine obligatorische -, daß die " bloße Tatsache, daß ein Delikt nicht vollendet worden ist, ..... die Strafmilderung offenbar noch nicht "rechtfertigt". "Die Erfolglosigkeit des Versuchs" bilde "zwar eine notwendige Bedingung der Strafmilderung" - eben weil sie Begriffsmerkmal des Versuchs ist - " aber keine ausreichende" Voraussetzung hierfür (Anm.126).

125. Stratenwerth. Die fakultative Strafmilderung S.255

126. Stratenwerth. Die fakultative Strafmilderung S.251

Diese richtige Erkenntnis verband Stratenwerth mit einer zweiten: So wenig der Versuch auf die Schwäche des deliktischen Willens hinweist, so wenig weist die Vollendung auf dessen Stärke hin. Beide Erkenntnisse - daß der Versuch nicht Ausdruck eines schwachen deliktischen Willens ist und daß das Ausbleiben des Erfolgs die Strafmilderung für sich allein jedenfalls nicht rechtfertigt - scheinen zu dem Schluß zu zwingen, daß die fakultative Strafmilderung dogmatisch unerklärbar ist. Stratenwerth glaubte indessen eine Erklärung gefunden zu haben.

Ausgehend von der These, daß im Unrechtsbegriff Handlungsunwert und Erfolgsunwert enthalten sei, stellte er die Frage, ob der im Versuch liegende Handlungsunwert den einzigen Faktor bildet, nach dem das strafrechtlich relevante Unrecht bestimmt werden muß, ob mit anderen Worten die Relevanz des Handlungsunwerts - die nach der subjektiven Lehre für den Bereich des Versuchs unbestreitbar ist - gleichzeitig die Irrelevanz des Erfolgsunwerts bedeutet (Anm.127).

Nach der subjektiven Theorie, die denuntauglichen Versuch bestraft, wissen will, scheint dies ohne weiteres bejaht werden zu müssen. Stratenwerth äußerte hieran freilich Zweifel, indem er ausführte: " Obschon der Handlungsunwert für die Versuchsbefrafung ausreicht, dürfte Handlungs- und Erfolgsunwert erst zusammen das volle Unrecht einer Straftat ausmachen" (Anm.128). Stratenwerth unterschied also zwischen dem für die Bestrafung in voller Höhe ausreichenden (Handlungs)-unrecht und dem vollen Unrecht, das sich aus Handlungs-und Erfolgsunwert zusammensetzt.

Dabei schwebte ihm offenbar ein Unrechtsbegriff vor, der im herkömmlichen Sinne als Voraussetzung der Strafbarkeit seinen Platz im Verbrechensaufbau hat und ein weiterer, von dem erst-

127. Stratenwerth Die fakultative Strafmilderung S. 256

128. Stratenwerth Die fakultative Strafmilderung S. 257

genannten zu trennenden Unrechtsbegriff, der bei der Strafzumessung maßgeblich sein soll. Die Strafzumessung, so meinte Stratenwerth nämlich, werde von der allein auf den Handlungswert einer Tat aufbauenden subjektiven Verbrechenstheorie nicht präjudiziert (Anm.129).

Nun stellt sich freilich die Frage, ob der zweite Unrechtsbegriff diese Bezeichnung noch verdient und ob nicht vielmehr ein außerhalb der Dogmatik stehender Begriff unter einem Decknamen Einfluß auf die Strafzumessung nehmen soll. Letztlich wird diese Frage zu bejahen sein, was bedeutet, daß die Überlegungen Stratenwerths über den Standpunkt der Subjektivisten, die die fakultative Strafmilderung kriminalpolitisch erklären, nicht hinausführen.

Stratenwerth selbst hat seinen Gedanken nicht konsequent verfolgt, sondern zur Lösung des Problems einen anderen Weg eingeschlagen, der von einer Untersuchung des Unrechtsbegriffs wieder wegzuführen scheint. Er hat die Milderung der Strafe innerhalb des Strafrahmens für die vollendete Tat der Strafmilderung im eigentlichen Sinne, d.h. der Versuchsstrafe, gegenübergestellt und folgendes System entwickelt: Das Ausbleiben des Erfolgs soll stets Strafmilderungsgrund sein. Fakultativ soll allerdings zwischen der (unechten) Milderung im Strafrahmen für die Vollendungsstrafe und der (echten) Milderung gemäß § 65 StGB gewählt werden können (Anm.130).

129. Stratenwerth Die fakultative Strafmilderung S. 264  
Stratenwerth hatte allerdings noch 3 Seiten vor der zitierten Stelle die Ansicht vertreten, daß die fakultative Strafmilderung weder von der Intensität des deliktischen Willens noch "im Rückgriff auf die allgemeinen Strafzumessungsgründe" zu erklären sei.
130. Stratenwerth Die fakultative Strafmilderung S.263. § 65 StGB lautet:  
"Findet der Richter, die Strafe sei zu mildern, so erkennt er:  
Statt auf lebenslanges Zuchthaus auf Zuchthaus von mindestens 10 Jahren  
statt auf Zuchthaus mit besonders bestimmter Mindestdauer auf Zuchthaus  
statt auf Zuchthaus auf Gefängnis von 5 Monaten bis zu 5 Jahren  
statt auf Gefängnis mit besonders bestimmter Mindestdauer auf Gefängnis  
statt auf Gefängnis auf Haft oder Buße".



Ob sich diese Auslegung allerdings noch mit dem Gesetz vereinbaren läßt, ist fraglich, denn daß unter Milderungsmöglichkeit nur die Möglichkeit zu verstehen sei, zwischen verschiedenen Arten der Milderung zu wählen, ist kaum anzunehmen. Vor allem aber kommt man nicht daran vorbei, daß Stratenwerth das Ausbleiben des Erfolgs eben doch in jedem Fall zum (obligatorischen) Milderungsgrund erklärt hat, was im krassen Gegensatz zu der eingangs getroffenen Feststellung steht, daß die Erfolglosigkeit einer Tat keine ausreichende Voraussetzung der Strafmilderung ist. Der Sache nach ist Stratenwerth also weitgehend auf die Linie der objektiven Versuchslehre eingeschränkt. Dies zeigt sich an den Folgerungen aus der vorgeschlagenen Gesetzesauslegung deutlich: Da die durch den Versuch hervorgerufene Gefahr notwendig zu beachten sei, müsse ein unbeendeter Versuch milder als ein beendeter Versuch bestraft werden (Anm.131). Überhaupt sei die Milderungsbefugnis in Art.23 Abs.1 auf die mangelnde Gefährlichkeit des Versuchs zurückzuführen - daß freilich Art.23 Abs.1 StGB nur eine Befugnis zur Strafmilderung gibt, diese aber nicht anordnet, obwohl jede unter dieser Bestimmung fallende Tat durch fehlende Gefährlichkeit gekennzeichnet ist, konnte Stratenwerth nicht erklären.

## 2. Das Verhältnis von Handlungs- und Erfolgsunwert

Der Aufsatz Stratenwerths zur fakultativen Strafmilderung hat also im Ergebnis keine neuen Erkenntnisse gebracht. Er enthält jedoch neue Ansätze zur Unrechtslehre, die Stratenwerth in

131. Stratenwerth Die fakultative Strafmilderung S. 264. Die Gleichsetzung von Größe der Gefahr mit dem Grad der Beendigung des Versuchs ist freilich problematisch, denn bei Beurteilung einer Gefahr ist ein ex ante Standpunkt einzunehmen, der dann besonders schwer einzunehmen ist, wenn sich die Gefahr nicht in einem entsprechenden Erfolg realisiert hat. Der Fehlschlag vielmehr offensichtlich ist, wie es beim beendeten Versuch häufig der Fall ist. Um in diesen Fällen die Größe der Gefahr zu ermitteln, muß man bei der Betrachtung in ein Stadium der Tat zurückgehen, in dem sich der Fehlschlag noch nicht mit Sicherheit abzeichnet. Dieses Stadium entspricht aber gerade dem, in dem sich der unbeendete Versuch befindet. Es ist dann nicht mehr gerechtfertigt, einen Unterschied zu machen.

einem weiteren Aufsatz verfolgt hat. Dieser Aufsatz ist dem Hauptproblem gewidmet, das bei der Untersuchung der fakultativen Strafmilderung beim Versuch aufgetaucht war: Dem Verhältnis von Handlungsunwert und Erfolgsunwert im Unrechtsbegriff (Anm. 132).

Stratenwerth stellte die Frage, " ob das strafrechtlich bedeutsame Unrecht letzten Endes in der Zufügung bestimmter , dem Einzelnen oder der Gesamtheit treffender Güterverluste, insbesondere also im Erfolg liegt, oder aber schon im bloßen Ungehorsam gegen die rechtlichen Verbote und Gebote , insofern also, unabhängig vom Erfolg, im Willen"(Anm. 133). Für die Behandlung des Versuchs hatte die Entscheidung dieser Frage die Konsequenz, daß der Unterschied zwischen Versuchtem und vollendetem Delikt eingeebnet werden muß, wenn der Erfolgsunwert für unwesentlich erklärt wird (Anm.134).

Um den Kern des Unrechtsbegriffs zu erfassen, stellte Stratenwerth zunächst die Frage, ob eine Rechtsgutsverletzung "an sich" überhaupt denkbar ist (Anm.135). Diese Frage glaubte er verneinen zu müssen (Anm.136). Selbst bei Körperverletzungs- und Tötungsdelikten kann nach Stratenwerth der Erfolg nicht von dem Verhalten abstrahiert und mit einem Unwerturteil belegt werden. Nicht nur daß die Vorstellung einer unrechtmäßigen Natur ein Unding wäre, was man in den Fällen von Naturkatastrophen bei konsequenter Abstrahierung des Erfolgs vom Verhalten

132. Stratenwerth Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht  
SchwZStrR 79/233-256

133. Stratenwerth Handlungs- und Erfolgsunwert SchwZStrR 79/234

134. Stratenwerth SchwZStrR 79/235

135. Stratenwerth SchwZStrR 79/240 ff

136. Stratenwerth SchwZStrR 79/242 ff

aber annehmen müsse, betonte er in diesem Zusammenhang, sondern er wies auch darauf hin, "daß die Rechtsgüterverletzung bei den Tötungsdelikten das Leben nicht nur als biologisches Faktum, sondern als Substrat des Achtungsanspruchs des anderen Menschen betrifft (Anm. 137) und daß dieser Achtungsanspruch nur durch Menschen versagt werden kann. Nur menschliches Verhalten könne daher auch Gegenstand der Bewertungsnormen sein. Dabei könne die subjektive Seite des Tuns und Unterlassens von der Bewertung nicht ausgeklammert werden.

Mit dieser Stellungnahme scheint Stratenwerth die verbreitete Gleichsetzung von einem als Bewertungsnorm verstandenen Gesetz und einem auf den Erfolgswert abstellenden Unrechtsbegriff überwunden zu haben. Bei genauerem Hinsehen ergibt sich indessen, daß er die Funktion der Gesetze, ein Verhalten zu bewerten, nur in der Abhängigkeit und der Funktion, das Verhalten zu bestimmen, sah. Er fragte nämlich nach dem möglichen Gegen-

137. Stratenwerth SchwZStrR 79/243 Der Gedanke, daß nicht das Leben an sich, sondern der Achtungsanspruch Kern des mit "Leben" umschriebenen Rechtsguts ist, ist allerdings nicht so neu, wie es Stratenwerth anzunehmen scheint. Der Achtungsanspruch ist früher lediglich als "Interesse" bezeichnet worden. In der Sache sollte indessen dasselbe ausgesagt werden. Vergl. hierzu die Polemik von Liszt's gegen Keßler oben S. 40 ff. Neu ist dagegen der Gedanke, daß nur Menschen den Achtungsanspruch anderer Menschen verletzen können. Dieser Gedanke ist freilich - so einleuchtend er zuerst erscheint - anfechtbar. Stratenwerth hatte offenbar den Täter im Auge, der sich bewußt gegen den Achtungsanspruch eines Mitmenschen entscheidet. Man wird jedoch mit Sicherheit davon ausgehen dürfen, daß Stratenwerth auch dann eine Rechtsgüterverletzung nicht ausschließen will, wenn der Täter nur mit leichtester Fahrlässigkeit handelte, wobei freilich Stratenwerth in diesen Fällen einen imaginären allgemeinen Achtungsanspruch auf Sorgfalt konstruieren mußte. Dann allerdings könnte er die Vielzahl von Fahrlässigkeit-Deliktstatbeständen nicht erklären. Wenn aber die Verletzung des Achtungsanspruchs unabhängig von der Gezieltheit des Handelns und damit unabhängig von der subjektiven Tatseite eintritt, ist nicht recht verständlich, warum es überhaupt eines menschlichen Verhaltens für eine Rechtsgüterverletzung bedarf. Stratenwerth hat offenbar den der Imperativen-Theorie zugrundeliegenden Gedanken des Achtungsanspruchs der Gesetze auf den Rechtsbegriff übertragen und diesen dadurch mit dem Adressatenproblem verknüpft und belastet. Hierauf kommt Stratenwerth zumindest der Sache nach sogleich zu sprechen.

stand der strafrechtlichen Regelung und beantwortete die Frage unter Hinweis auf Welzel dahin (Anm.138), daß allein die willentliche Handlung hierbei in Betracht zu ziehen sei, während der Eintritt des rechtlich mißbilligten Erfolgs "... nicht" zur sogenannten Verbots- oder Gebotsmaterie, d.h. also zur normierten Verhaltensweise gehören" könne (Anm.139). Mit dieser Entscheidung hat er das durch das Gesetz Bewertbare auf das durch das Gesetz Bestimmbare eingeschränkt. Für den Unrechtsbegriff hat demnach nur noch die Norm in ihrer Funktion als Bestimmungsnorm Bedeutung (Anm. 140), und es kann nicht überraschen, daß Stratenwerth zunächst den Erfolgsunwert aus dem Unrechtsbegriff ausklammert. Seiner Ansicht nach fügt die Bestimmungsnorm der Bewertungsnorm einen Imperativ hinzu und subjektiviert sie zugleich notwendigerweise (Anm.141).

Mit diesem subjektiv gefaßten Unrechtsbegriff läßt sich auch der im untuglichen Versuch liegende Unwert vollständig er-

138. Welzel Naturalismus und Wertphilosophie im Strafrecht 1935 S.85

139. Stratenwerth SchwZStrR 79/245

140. Wird das Gesetz als Umschreibung der Gebots- bzw. Verbotsmaterie aufgefaßt, ergibt sich die Schwierigkeit, daß das Gesetz die konkrete Aussage enthalten muß: Das sollst Du nicht tun, das mußt Du tun, wobei gerade auf das abgestellt werden muß, was der Täter im Sinn hat. Nun ist die Bindung des Gesetzes an das jeweilige Bewußtsein des Täters zur Tatzeit mit dem Wesen einer notwendigerweise abstrakt gefaßten Norm unvereinbar. Das hat Stratenwerth von seinem Ausgangspunkt aus richtig erkannt, und es fragt sich deshalb, ob dem Gesetz die Konkretisierung seiner Gebote im Einzelfall aufgebürdet werden kann, oder ob es bei der Konkretisierung um ein dem Gesetz wesensfremdes Element handelt, das nicht in seine Aussage hinein interpretiert werden darf. Richtigerweise ist die Konkretisierung des jeweiligen Gesetzes dem Täter überlassen, während das Gebot selbst nur die Pflicht eines jeden zur Konkretisierung enthält. Das Gesetz sagt demnach nur: Das darf man nicht tun und ( nachträglich vom Richter ausgesprochen) ermöglicht es den Schluß: Das hättest Du nicht tun dürfen, während der Täter sich selbst zu sagen verpflichtet ist: Das darfst Du nicht tun.

141. Stratenwerth SchwZStrR 79/248 ff. Hierin erschöpft sich die Wirkung der Bestimmungsnorm allerdings nicht. Wie im vorhergehenden gezeigt, nimmt sie der Bewertungsnorm die Gegenstände der Bewertung, soweit sie objektiven Charakter haben.

fassen, ohne daß Hilfsbegriffe wie der der Geltungswidrigkeit oder des verderblichen Eindrucks herangezogen werden müßten (Anm. 142). Der subjektiv gefärbte Unrechtsbegriff, die Verbotswidrigkeit muß darüber hinaus die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs nicht nur begründen, sondern er muß die Begründung auch alleine tragen, da - wie Stratenwerth richtig bemerkt hat- nicht zu sehen ist, "inwiefern der untaugliche Versuch einer auch auf objektive Handlungsqualitäten abstellenden Bestimmungsnorm zuwiderlaufen könnte." (Anm. 143)

Die Bedeutung, die der Erfolgsunwert für den Unrechtsbegriff danach völlig verloren zu haben scheint, soll nach Stratenwerth indessen nicht völlig fehlen. Im Unrechtsbegriff, so wie dieser gewöhnlich verstanden wird, ist er allerdings schlecht unterzubringen. Stratenwerth versuchte daher, dem Unrechtsbegriff einen zweiten Begriff zur Seite zu stellen, indem er den Erfolgsunwert einer Tat plazieren kann. Dass es allerdings gerade der Begriff der Schuld ist, den er für diese Aufgabe wählte, überrascht, denn dieser Begriff ist nicht weniger festgelegt, als der des Unrechts, und es besteht kein Zweifel daran, daß er auch noch weit ungeeigneter erscheint, objektive Tatelemente aufzunehmen, als der des Unrechts.

Ursprünglich ist die Unterscheidung zwischen Unrecht und Schuld gerade getroffen worden, um objektive und subjektive Momente

142. Strat-enwerthSchwZStrR 79/249

143. Strat-enwerth SchwZStrR 79/250: " Ist nur die Wegnahme einer objektiv fremden Sache verboten, so kann die irrige Annahme der Fremdheit allein die Verbotswidrigkeit der Wegnahmehandlung nicht begründen". - Dieses Zitat, das als Ablehnung des Umkehrschlusses aus § 59 StGB aufgefaßt werden muß, läßt erkennen, daß der Irrtum zwar kein "objektives" Unrecht entstehen läßt - im zitierten Fall also die Sache nicht objektiv zur fremden werden läßt- daß aber eine subjektive, von der Bestimmungsnorm ausgehende Unrechtslehre ohne Rückgriff auf den Irrtum nicht auskommt, da ihre Basis überhaupt im subjektiven Bereich liegt.



gesondert zusammenzufassen und prüfen zu können. Stratenwerth meinte freilich auch nicht diese "Schuld" sondern den Zusammenhang von Strafe und Schuld (Anm.144), der die Vernachlässigung des Erfolgsunwertes unangemessen erscheinen lasse, da sich das Ausmaß der Schuld eben auch nach dem Ausmaß des Erfolgs richte.

Seinen Standpunkt präziserte Stratenwerth wie folgt (Anm.145): "Der Begriff der Schuld ist doppeldeutig. Im üblichen, engeren Sinne gebraucht, bezeichnet er nur die Voraussetzungen, unter denen dem Täter das begangene Unrecht vorgeworfen werden kann. Im ursprünglichen, weiteren Sinne aber umfaßt er auch das Unrecht, das in vorwerfbarer Weise begangen zu haben, die Schuld des Täters ausmacht. Deshalb kann und muß vom Schuldgrundsatz her auch über den Umfang des strafrechtlich bedeutsamen Unrechts entschieden werden. Und unter diesem Gesichtspunkt bildet zwar bereits der Handlungsunwert Unrecht von strafrechtlicher Relevanz. Doch müssen Handlungsunwert und Erfolgsunwert zusammentreffen, um das Unrecht in seinem vollen Ausmaß zu begründen...".

Ob mit diesen Ausführungen etwas dogmatisch Verwertbares gesagt worden ist, steht allerdings dahin. Der von Stratenwerth bemühte Begriff der Schuld im weiteren Sinne ist nichts anderes als der konturenlose Begriff der Verantwortung, der bei Beantwortung der philosophischen Frage nützlich sein mag, welche Strafe ein Mensch aus welchem Grunde verdient, der aber die Klärung dogmatischer Begriffe nicht fördert. Wer wie Stratenwerth feststellt, daß der in der Zuwiderhandlung gegen ein gesetzliches Gebot liegende Handlungsunwert das Unrecht erschöpft und daß die Schwere des Unrechts durch den Erfolg nicht beeinflußt wird, hat sich damit entgeltig festgelegt und kann nicht mit dem metaphysischen Bekenntnis zur Bedeutung des Erfolgsunwerts diesen Satz umstoßen. Der Wechsel zwischen

144. Stratenwerth SchwZStrR 79/253

145. Stratenwerth SchwZStrR 79/255

einer rationalen und einer irrationalen Argumentationsebene macht sich für die Dogmatik nicht bezahlt.

### 3. Die finale Handlungslehre und die subjektive Versuchstheorie in der Schweiz

---

Damit blieb Stratenwerth nur eine letzte Möglichkeit, den Unrechtsbegriff " von außen" her anzugehen. Er hat diese Möglichkeit gesehen und die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das Strafrecht, insbesondere das schweizerische Strafrecht, untersucht (Anm.146).

So wie Stratenwerth allerdings die "Kernfrage" zur Lösung des Problems gestellt hat, möchte man annehmen, daß er die Bedeutung der finalen Handlungslehre verneinen müßte. Er hat nämlich die Frage gestellt, warum es der strafrechtlichen Systematik auf den Handlungsbegriff wesentlich ankommen soll (Anm.147), und er hat dabei sogleich darauf hingewiesen, daß es das Strafrecht mit " verbots- und gebotswidrigem Verhalten" zu tun habe. (Anm.148) Er hat mit anderen Worten die Funktion der Norm in den Mittelpunkt gerückt. Die Funktion der Norm bedarf jedoch keiner Erklärung durch einen Handlungsbegriff, woraus folgt, daß der von der Funktion der Norm abgeleitete Unrechtsbegriff ebenfalls vom Handlungsbegriff unabhängig bleibt.

146. Stratenwerth SchwZStrR 81/175, 209

147. Stratenwerth SchwZStrR 81/179

148. Stratenwerth SchwZStrR 81/181

Stratenwerth äußerte - wie alle Finalisten - hierzu eine gegenteilige Ansicht. Er meinte, wenn das gebots- und verbotswidrige Verhalten Gegenstand des Strafrechts sei, käme es darauf an zu wissen, was Verhalten sei. Dessen Struktur aufgedeckt zu haben, sei das Verdienst der finalen Handlungslehre, die damit, " den die strafrechtliche Zurechnungslehre insgesamt beherrschenden Gesichtspunkt " (Anm. 149) erfaßt habe. Letzteres ist bekanntlich strittig.

Stratenwerth selbst hat mit einigen Ausführungen die These seiner Geg ner sogar selbst gestützt . Um die Relevanz der subjektiven Tatseite , ( und damit der Verhaltensstruktur insgesamt ) für das Unrecht nachzuweisen, greift er nämlich auf die gesetzlichen Tatbestände zurück ( Anm. 150 ), die - wie insbesondere die Tatbestände der Absichts- und Tendenzdelikte und wie der Versuchstatbestand - nicht ohne subjektive Elemente auskommen , deren Interpretation in der genannten Weise aber von einem Bekenntnis zur finalen Handlungslehre unabhängig möglich ist. Auch der Hinweis darauf, daß neben der Unrechtsbegründung auch die Rechtfertigung wesentlich von subjektiven Elementen bestimmt wird, bestätigt eher die Ansicht derjenigen, die den Rückgriff auf die ontologische Struktur des Handelns als dogmatisch-unfruchtbar ablehnen. Mag das Fazit , daß Stratenwerth dahin gezogen hat, daß das Unrecht durch objektive und subjektive Elemente begründet wird, durchaus richtig sein, so ist doch damit die Bedeutung der finalen Handlungslehre keineswegs aufgezeigt, denn zu dem gleichen Ergebnis gelangen auch Nichtfinalisten bei ihrer Interpretation der gesetzlichen Tatbestände.

149. Stratenwerth SchwZStrR 81/182

150. Stratenwerth SchwZStrR 81/185

Hierin mag auch der Grund dafür zu suchen sein, daß Stratenwerth als Anhänger der finalen Handlungslehre selbst unter den Subjektivisten der schweizer Strafrechtler allein geblieben ist, und es mag hierin ein weiterer Grund liegen, daß bis heute einige Anhänger der objektiven Verbrechenslehre ihre Stellung verteidigen.

## VIII. Neuere objektiv orientierte Versuchslehren

### 1. Der Adaequanzbegriff in der Lehre Schwanders

Es ist bereits häufig erwähnt worden, daß eine objektive Verbrechenslehre mit einer zutreffenden Definition des Begriffs der Gefahr steht und fällt. In der schweizerischen Dogmatik hat sich insbesondere Schwander um diese Definition bemüht (Anm.151).

Schwander glaubte generell den richtigen "Ausgangspunkt für die juristische Betrachtungsweise "nicht" im Erfolg und der damit untrennbar verbundenen Kausalitätslehre, sondern in den Begriffen Gefahr und Gefährdung " zu finden (Anm.152). Statt die Kausalität selbst, so meinte er, habe man die Beziehung des menschlichen Verhaltens zu einer bestimmten Kausalität zu berücksichtigen.

Da nun menschliches Verhalten in irgend einer Weise stets kausal ist, muß man die Erklärung Schwanders dahin verstehen, daß es auf die Beziehung des menschlichen Verhaltens zu einem Erfolg vor dem Zeitpunkt seines Eintretens ankommen soll. Diese Beziehung ist - wie Schwander selbst bemerkt hat - (Anm.153)

151. Schwander Die gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit  
SchwZStrR 63/181 ff

152. Schwander SchwZStrR 63/283

153. Schwander SchwZStrR 63/284

nur durch eine "Wahrscheinlichkeitsberechnung" auszudrücken.

Damit war der Kern des Gefahrbegriffs - nämlich die Notwendigkeit einer Betrachtung ex ante - erfaßt. Mit Hilfe des Gefahrbegriffs definierte Schwander nunmehr den Begriff der Rechtswidrigkeit: " Rechtswidrig ist ein Verhalten, daß ein in concreto geschütztes Rechtsgut in unzulässiger Weise gefährdet (bzw. die Gefahr nicht beseitigt)" (Anm.154). Diesen Rechtsgutsbegriff verwandte er unverändert für die Versuchsdogmatik. Rechtswidrig ist danach nur der (ex ante) gefährliche Versuch.

Folgt man Schwander bis hienhin, vermißt man allerdings die Beantwortung der sich unabweislich stellenden Frage, welches Wissen - das des Täters, Beobachters etc. - als für die Beurteilung der Gefährlichkeit maßgebend anzusehen ist. Schwander hat hierzu lediglich Beispiele genannt, die das ihnen innewohnende Prinzip, nachdem sie gelöst werden sollen, jedoch nicht erkennen lassen. Nach Schwander " kann nach vernünftigem Urteil der Situation, so wie sie sich zur Zeit des Eingriffs darbot " ein Abtreibungsversuch an einer Frau, die sich nachträglich als nichtschwanger erweist, " ebenso gefährlich sein, wie eine ungeschickte Abtreibungshandlung (Anm.155) - eine zumindest weitgehende, wenn nicht unhaltbare Position. Ungefährlich und

154. Schwander SchwZStrR 63/285. Weiter heißt es auf S.288:  
"Die Lehre vom adaequaten Kausalzusammenhang ist ein Hauptpfeiler der Lehre von der Rechtswidrigkeit. Sie umschreibt jenes Maß freier Betätigung, das dem Menschen selbst dann verbleibt, wenn er (sc. bei Abwägung des Gefahrenrisikos) kein weiter schützenswertes Interesse geltend machen kann als die Betätigungsfreiheit selber...."
155. Schwander SchwZStrR 63/289



deshalb straflos ist nach Schwander allerdings der dumme Versuch gem. Art.23 Abs.2 StGB (Anm.156).

In seinem Lehrbuch hat Schwander das Adaequanzprinzip nochmals als einen das gesamte schweizerische Strafrecht beherrschenden Gesichtspunkt herausgestellt und definiert: Ein adaequater Kausalzusammenhang ist nach seiner Ansicht dann gegeben, "wenn das Verhalten des Beschuldigten nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge geeignet war, einen Erfolg der entstandenen Art herbeizuführen" (Anm.157). In den Fällen der Inadaequanz ist die Gefahr so gering, daß sie nach Schwander unbeachtlich bleibt und daß das Verhalten nicht rechtswidrig ist (Anm.158).

#### 156. Schwander SchwZStrR 63/290

157. Schwander Strafgesetzbuch S.71 unter Hinweis auf die ständige Rechtsprechung des BG in BGE 81 (1955)/IV/138, E 2, 255; 84(1958)/IV/63 E 3; 86 (1960)/IV/155 E 1

158. Schwander Strafgesetzbuch S.71. Hier tritt allerdings ein der Adaequanztheorie schlechthin innewohnendes Problem zutage, das Schwander offenbar nicht gesehen, jedenfalls nicht gelöst hat. Es handelt sich um das Problem, wie das Verhältnis von Adaequanz und Kausalität im echten Sinne dogmatisch bewältigt wird: Die Adaequanz ist ein Begriff, mit dem ein vor der Kausalität durchaus unterschiedliches Zurechnungskriterium umschrieben wird. Der Begriff der Adaequanz ersetzt also keineswegs den der Kausalität, der weiterhin für die Tatbestandsmäßigkeit von ausschlaggebender Bedeutung bleibt. Es scheint nun, als habe der Adaequanzbegriff die Aufgabe, aus dem unübersehbaren Kreis der naturgesetzlich feststellbaren Wirkungen menschlichen Handelns diejenigen herauszuheben, die unter strafrechtlichen Gesichtspunkten relevant werden können. Die Adaequanz wird damit als ungeschriebenes normatives Tatbestandsmerkmal aufgefaßt (während Schwander die Adaequanz -damit ihr eine Wertung ausgedrückt wird -zum Rechtswidrigkeitsbegriff schlägt). Wenn aber der Adaequanzbegriff im Tatbestand auftaucht, möchte man vermuten, daß ein inadäquates Verhalten in jedem Fall straflos bleibt. Das ist jedoch selbst nach Meinung der Anhänger der Adaequanztheorie nicht der Fall. Handelt ein Täter vorsätzlich und tritt der erstrebte Erfolg ein, ist es ganz gleichgültig, ob der Erfolgseintritt vom ex ante Standpunkt aus gesehen als wahrscheinlich, möglich oder ausgeschlossen erschien. Die Frage der Adaequanz stellt sich offenbar überhaupt nicht, wenn das Handeln vorsätzlich war. Anders bei Fahrlässigkeitsdelikten, wo der Adaequanzgedanke ganz allgemein angewandt wird. Wenn aber die Frage der Adaequanz, bei Vorsatztaten durch das Vorliegen des Vorsatzes zumindest bei vollendetem Delikt verdrängt wird, liegt der Schluß nahe, daß auch beim Versuch die Adaequanz der Tat für einen erstrebten, jedoch nicht eingetretenen Erfolg, unerheblich sein muß.

Eigenartigerweise hat Schwander diese Basis bei der Erörterung der Versuchsdogmatik teilweise verlassen. Zwar heißt es in diesem Zusammenhang, daß ein Verhalten, " welches nach der ( zur Zeit der Tat objektiv bekundeten ) Erwartung des Täters geeignet ist, die gewollte Verbrechensvollendung in die unmittelbare Nähe zu rücken oder herbeizuführen " als strafbarer Versuch anzusehen sei (Anm.159), an der gleichen Stelle hat Schwander indessen den Versuch als Strafausdehnungsgrund in Fällen des Mangels am Tatbestand bezeichnet ohne den hierin liegenden Widerspruch zu bemerken.

Ist nämlich die Adaequanz ein Element der Rechtswidrigkeit, kann ein adaequates Handeln schwerlich tatbestandslos sein. Dieser Widerspruch kann auch nicht dahin aufgelöst werden, daß der Ausdruck " Mangel am Tatbestand" bei Schwander einfach als " Mangel an Adaequanz" verstanden wird. Schwander stellte nämlich ohne Rücksicht auf die Adaequanz im Einzelfall den Versuch als Fall dar, in dem die Deliktsvollendung wegen eines Mangels, der die Handlung , das verwendete Mittel, das Objekt oder den Kausalzusammenhang (!) betrifft, nicht eintritt, dem Mangel am Tatbestand gegenüber (Anm.160), der dann anzunehmen sei, wenn andere (welche?) Tatbestandsmerkmale nicht verwirklicht sind (Anm.161). In der letztgenannten Gruppe sollen nach Schwander auch die (straflosen) Fälle des von einem untauglichen Subjekt ausgeführten Versuchs zählen.

159. Schwander Strafgesetzbuch S.112

160. Schwander Strafgesetzbuch S.121.-Dies obwohl er neun Seiten früher den Versuch noch als Mangel am Tatbestand bezeichnet hatte.

161. Schwander Strafgesetzbuch S.121

Noch erstaunlicher als diese Ungereimtheiten ist, daß Schwander den Adaequanzgedanken auch bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nicht verwendet, obwohl es nahe gelegen hätte, die Strafbarkeitsgrenze auf den Zeitpunkt zu fixieren, in dem die im deliktischen Verhalten stehende Gefahr manifest wird. Stattdessen hielt Schwander die formalobjektive Tatbestandstheorie für "mit dem Gesetzestext am ehesten vereinbar" (Anm.162) und setzte den Versuchsbeginn auf den Zeitpunkt an, ab dem von einer Ausführungshandlung gesprochen werden mußte, wenn der Erfolg eingetreten wäre (Anm.163).

An anderer Stelle (bei der Begriffsbestimmung des Versuchs) heißt es freilich - ganz im Sinne Germanns und der noch zu besprechenden Rechtsprechung des Bundesgerichts, daß zur Ausführung des Verbrechens oder Vergehens jede Tätigkeit gehört, "welche nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Wege zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt" (Anm.164). Auch wenn es sich bei dieser Formel tatsächlich um eine Abgrenzungsformel und nicht um eine Versuchsdefinition handelt und auch wenn man von den Widersprüchen zu den zuvor zitierten Passagen absieht, muß man feststellen, daß Schwander mit der Adaequanztheorie im Bereich des Versuchs dogmatisch nicht ernst gemacht hat. Stattdessen hat er überkommene und in ihrer Undurchführbarkeit längst durchschaute Theorien aufgegriffen und sich insbesondere zur Vorstellung eines "überhaupt" untauglichen und eines nur in Einzelfällen untauglichen Versuchs bekannt. (Anm.165) Schließlich kann die Behandlung des freiwilli-

162. Schwander Strafgesetzbuch S. 113

163. Schwander Strafgesetzbuch S. 114. Schwander hat nicht bedacht, daß es beim vollendeten Delikt auf den Beginn der Ausführung nicht anzukommen pflegt, und daß daher die vorgeschlagene Abgrenzung unter Zuhilfenahme einer Hypothese zu nichts führt.

164. Schwander Strafgesetzbuch S. 112

165. Schwander Strafgesetzbuch S. 117

gen Rücktritts vom Versuch als Unterart des unvollendeten Versuchs (Anm. 166) keine Zustimmung finden, so daß als Fazit nur eine diskutab-le, von Schwander indessen in ihrer Bedeutung für den Versuch verkannte Grundlage - der Adaequanzgedanke - bemerkenswert bleibt.

## 2. Die objektive Lehre von Schultz

Ebenfalls zu den Vertretern einer objektiven Versuchstheorie ist - soweit das schweizerische StGB überhaupt einen objektiven Standpunkt zuläßt - Schultz zu rechnen. Schultz hat freilich nur eine von ihm sogenannte allgemeine Gefährdung verlangt: (Anm. 167) " Der Versuch ist strafbar" so hat er gelehrt, " weil der Täter durch sein äußerlich deutlich bekundetes Verhalten, durch seinen Handlungswillen, sich als den strafrechtlich geschützten Rechtsgütern gefährlich erwies . Diese Gefährdung bemißt sich nicht nach dem konkreten Verhalten des jeweiligen Täters, sondern danach, ob derartiges Verhalten im allgemeinen als gefährlich erscheint". Damit hat Schultz bewußt den Versuch als Fall eines abstrakten Gefährdungsdelikts aufgefaßt.

Da es nach Schultz auf die konkrete Gefährdung eines bestimmten Rechtsguts nicht, auf die abstrakte Gefährdung der Rechtsgüter dagegen allein ankommen soll, verflüchtigt sich die Gefährlichkeit der Tat freilich zu einer Bedrohung der Rechtsordnung im allgemeinen und die Theorie von Schultz nähert sich der Eindruckstheorie von Bars und Mezgers. Diese Lehre hat allerdings nur noch wenig mit einem konsequenten objektiven Standpunkt gemeinsam, so daß das vorweg über die Lehre von Schultz abgegebenes Urteil, sie sei zu den objektiven Theorien zu zählen, eine

166. Schwander Strafgesetzbuch S. 118

167. Schultz Die versuchte strafbare Handlung S. 7

Rechtfertigung verlangt.

Diese Rechtfertigung kann aus der Behandlung gezogen werden, die der untaugliche Versuch nach Schultz erfährt. Schultz ist davon ausgegangen, daß eigentlich jeder Versuch untauglich und -nachträglich betrachtet - ungefährlich sei (Anm.168) und er hat dann wie unzählige Autoren vor ihm die Unterscheidung zwischen dem in Art. 23 Abs.1. StGB gesondert behandelten "absolut" untauglichen und dem in concreto untauglichen Versuch durch eine Abstraktion vom Einzelfall durchführen wollen. Er hat sich dabei freilich von dem Einzelfall nicht völlig lösen wollen oder können, sondern auf dessen "Umstände" verwiesen (Anm.169), nach denen zu entscheiden sei, welche Art der Untauglichkeit vorliege. (Anm.170)

Die Lehre vom Mangel am Tatbestand hat Schultz als überholt verworfen (Anm.171), gleichwohl aber den Versuch des untauglichen Subjekts für straflos erklärt (Anm.172), obwohl zwischen beiden ein Zusammenhang besteht, wenn man wie Schultz die Versuchslehre in einer am Rechtsgut ausgerichteten Systematik einordnen will und wenn man demgemäß den Kern des Unrechts nicht in einer Gebotswidrigkeit sieht.

168. Schultz Die versuchte strafbare Handlung S.25. Schultz hat verkannt, daß der Begriff der Gefahr und seine nachträgliche Betrachtung sich gegenseitig ausschließen.

169. Schultz Die versuchte strafbare Handlung S. 25

170. Schultz hat allerdings letztlich doch auf bestimmte Begriffe abgestellt und damit eine Abstraktion vorgenommen: Er hat etwa "Gift" zum tauglichen Mittel erklärt, ohne sich einerseits der in dieser Aussage liegenden Tautologie bewußt zu werden und ohne andererseits zu bemerken, daß die entscheidende Frage - ob nämlich Gift = ein taugliches Mittel angewandt worden war - unbeantwortet geblieben ist.

171. Schultz Die versuchte strafbare Handlung S. 29

172. Schultz Die versuchte strafbare Handlung S. 23



### 3. Der Standpunkt Pfenningers

In einigen kurzen Bemerkungen hat schließlich Pfenninger zur schweizerischen Versuchsdogmatik Stellung genommen (Anm.173) und sich dabei insbesondere zu der Frage geäußert, wie die Vorbereitung vom Versuch abzutrennen sei. Ausgehend von einem formalen Verbrechens- (Anm.174) und Rechtswidrigkeitsbegriff (Anm.175) und unter ausdrücklicher Erwähnung des Begriffs "Mangel am Tatbestand" hat er aus dogmatischer Sicht gegen die bereits zitierte Abgrenzungsformel Germanns, die auf den Zeitpunkt des nicht-mehr-zurück-Könnens abstellt, votiert, da sie mit dem Willen des Gesetzes "kaum" zu vereinbaren sei (Anm.176). Diesem entspreche nur eine rein formal-objektive Grenzziehung. Interessanterweise hat Pfenninger die dogmatisch abgelehnte Abgrenzungsformel aus rechtspolitischen Gründen jedoch begrüßt und ihre Anwendung durch die Gerichte gut geheißen (Anm.177).

## IX. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts

### 1. Grundlagen

Wenn schon die Rechtslehre in der Schweiz so leichthin über dogmatische Bedenken hinwegzugehen bereit ist, kann es nicht verwundern, daß in ähnlicher Weise das Bundesgericht rechtspolitisch argumentiert und nach und nach auf eine subjektive

173. H.F.Pfenninger "Das ausländische Strafrecht der Gegenwart " 2.Band S.149 ff, S. 231 ff
174. H.F. Pfenninger aaO S. 213
175. H.F. Pfenninger aaO S. 223
176. H.F. Pfenninger aaO S. 232
177. H.F. Pfenninger aaO S. 232

linie eingeschwenkt ist.

Zunächst glaubte das Bundesgericht freilich den Begriff des " Mangels am Tatbestand" verwenden zu können. Mit auffallend formalistischen Argumenten erklärte das Bundesgericht den Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren für straflos(Anm.178). Die beiden in diesem Sinn ergangenen Entscheidungen stützen sich auf die Formulierung der einschlägigen Gesetzesbestimmung, die von einer " Schwangeren" spricht (Anm.179). Unter Berufung auf die Entstehungsgeschichte der genannten Vorschrift führte das Bundesgericht aus, daß die Wahl des Ausdrucks " Schwangere" nichts anderes bedeute als die Beschränkung der Strafbarkeit auf die Fälle, in denen eine Schwangerschaft tatsächlich vorliegt (Anm.180).

Bei der Selbstabtreibung verstehe sich die Straflosigkeit einer Nichtschwangeren im übrigen von selbst, weil hier nicht nur das Tatobjekt fehle, sondern nicht einmal ein taugliches Subjekt vorläge, es aber außer Zweifel stehe, daß eine Versuchsbestrafung bei einem untauglichen Subjekt ausgeschlossen sei(Anm.181).

178. BGE 70(1944)IV/90ff, bestätigend BGE 70(1944)IV/152 ff

179. § 118 Abs.1: " Treibt eine Schwangere ihre Frucht ab oder läßt sie ihre Frucht abtreiben, so wird sie mit Gefängnis bestraft".  
§ 119 Abs.1: " Wer einer Schwangeren mit ihrer Einwilligung die Frucht abtreibt .... wird mit Zuchthaus bis zu fünf Jahren oder mit Gefängnis bestraft".

180. BGE 70 (1944)IV/11: "...dadurch, daß die Schwangerschaft eigen als Merkmal in den Tatbestand aufgenommen worden ist, kommt zum Ausdruck, daß als Objekt der Abtreibung ausschließlich die Frucht zu gelten hat, daß der Eingriff nicht außerdem um des Weibes willen bestraft wird". Das BG hat also geglaubt, aus der Ermittlung des Rechtsgutes Rückschlüsse auf die Strafbarkeit eines Versuchs ziehen zu können. In Wirklichkeit hat das BG durch diese Erwägung seinen formalistischen Ausgangspunkt unbemerkt verlassen.

181. BGE 70(1944)IV/152 ff " Die Frage nach dem Versuch am untauglichen Objekt im Sinne des Art.23 stellt sich hier garnicht, weil schon das Subjekt untauglich ist" und weiter: " Wohl will Art.23 die Bestrafung gerade dann ermöglichen, wenn die Ausführung der Tat sich gegen einen Gegenstand richtet, der nicht der tatbestandsmäßige ist, wenn nur der Täter das De-

Von dieser Rechtsprechung hat sich das Bundesgericht indessen bald Schritt für Schritt gelöst. Der formalistische Begriff des Mangels am Tatbestand wurde fallengelassen (Anm. 182). Im Jahre 1948 erging eine Entscheidung des Bundesgerichts, der gemäß der Abtreibungsversuch an einer Nichtschwangeren für strafbar erklärt wurde (Anm. 183). Diese Entscheidung war eine eingehende Kritik Germanns an der Rechtsprechung zum Versuch vorausgegangen (Anm. 184), in der betont worden war, daß es Kennzeichen schlechthin jedes Versuchs sei, daß der objektive Tatbestand, gleichgültig wie er umschrieben sei, niemals erfüllt werde (Anm. 185).

Diesen Gedanken übernahm die Rechtsprechung des Bundesgerichts

likt in seinen gesetzlichen Tatbestandsmerkmalen zu begehen beabsichtigte. Wenn aber das Gesetz eine Eigenschaft des Delikts besonders betont, insbesondere, wenn es ihn einschränkend bezeichnet, dann bedeutet dies, daß die Tat straflos zu bleiben hat, wenn sich ihre Ausführung nicht gegen einen Gegenstand in diesen Schranken richtet, und darum kann sie nicht als Versuch am untauglichen Objekt strafbar sein. So liegt, wenn der Beischlaf mit dem Kinde unter 16 Jahren für strafbar erklärt ist (Art. 191), darin die negative Entscheidung, daß der Beischlaf mit der Sechzehnjährigen nicht als untauglicher Versuch bestraft werden darf, der Beischläfer mag noch so fest der Überzeugung und willens gewesen sein, es mit einem Kinde unter 16 Jahren zu tun zu haben".

182. Außer in den zitierten Fällen der Abtreibung an einer Nichtschwangeren hatte das BG in E 70 (1944) IV/74 Mangel am Tatbestand in einem Fall angenommen, in dem Schuldner im Verlauf einer gesetzwidrigen und daher nichtigen Pfändung Vermögen verheimlicht hatte - ein Tatbestand, der bei wirksamer Pfändung gem. Art. 164 StGB strafbar ist. Begründung: "Es fehlt ... an einem Merkmal des Tatbestandes des Pfändungsbetruges nach Art. 164 StGB, welches Fehlen nicht bloß das vollendete Delikt, sondern auch den untauglichen Versuch im Sinne des Art. 23 StGB ausschließt, denn ein solcher kommt nur in Frage, wenn das taugliche Mittel oder Objekt, nicht wenn ein anderes Merkmal des Tatbestandes fehlt". (S. 77 der Entsch.)" Desgl. hat das BG die Annahme einer versuchten Falschaussage (stillschweigend und ohne nähere Begründung) für Fälle ausgeschlossen, in denen die Aussage wegen Formverstosses selbst ungünstig war. (BG E 71 (1945) IV/43 in Anknüpfung an BGE 69 (1943) IV/211, 220)

183. BGE 74 (1948) IV/65 ff

184. Germann: Die Rechtsprechung über den Versuch nach Schweizerischem Strafgesetzbuch SchwZStrR 60(1946)/1 ff.

185. Germann SchwZStrR 60/9. Germann vertrat in diesem Aufsatz im übrigen auch die Ansicht, daß der Entstehungsgeschichte

ausdrücklich , indem dieses ausführte, die bisherigen Entscheidungen seien darüber hinweggegangen, daß die Fassung der Tatbestände " nur den Tatbestand des vollendeten Verbrechens umschreibt" (Anm.186). Nach dieser Entscheidung muß es allerdings verwundern, daß das Bundesgericht - wie schon in den Entscheidungsgründen des soeben behandelten Urteils - ein Jahr später den Abtreibungsversuch einer Nichtschwangeren wegen Fehlens eines tauglichen Subjekts für strafflos erklärt hat (Anm.187). Fehle " dem Täter selbst die Eigenschaft, die das Gesetz verlangt" , so kann dieser nach der ursprünglichen Ansicht des Bundesgerichtshofs " das Verbrechen so wenig versuchen wie vollenden" (Anm. 188). Art.23 StGB betreffe nur die Fälle, in denen Objekt oder Mittel untauglich seien.

des Gesetzes kein Votum gegen die Strafbarkeit des Abtreibungsversuchs an der Nichtschwangeren zu entnehmen sei. Vielmehr sei gerade dieser Fall bei den Beratungen mehrfach zur Sprache gekommen, und es habe über die Strafbarkeit Einigkeit bestanden. Lediglich aus redaktionellen Gründen, nicht aber als Folge einer Sachentscheidung gegen die Strafbarkeit sei der Gesetzestext insofern geändert worden, als der Begriff "Frau" durch den Begriff "Schwang-ere" ersetzt wurde.

186. BGE 74 (1948)/IV/66 Weiter heißt es aaO: " Das Wesen des untauglichen Versuchs , wie ihn Art.23 StGB unter Strafe stellt, besteht gerade darin, daß der Täter irrtümlich glaubt, der Gegenstand oder dessen gesetzliche Merkmale seien gegeben". Es sei gleichgültig, welche derartige Merkmale das Gesetz erwähne. Es folgen schließlich längere Ausführungen zu den Gesetzesmaterialien und Verhandlungsprotokollen und schließlich greift die zitierte Entscheidung dann im BG 70 IV /152 noch zurückgewiesene Argument auf, das Gesetz habe den Begriff "Frau" zu einem terminus technicus für eine über 16 Jahre alte weibliche Person gemacht (Art.110 Nr.1 StGB) und in den Art.118, 119 daher "Frau" durch "Schwang-ere" ersetzen müssen, da sonst die Abtreibung an einem Mädchen unter 16 Jahren strafflos geblieben sei.

187. BGE 75 (1949) IV/4 ff

188. BGE 75 IV/8

Ein Jahr nach diesem Urteil revidierte das Bundesgericht seinen Standpunkt freilich auch in diesem Punkt (Anm.189). Wiederum verwies das Bundesgericht auf die Entwicklungsgeschichte des Gesetzes, die es zunächst für die gegenteilige Ansicht bemüht hatte, und wies darauf hin, daß der Gesetzgeber aus den bereits geschilderten Gründen den Begriff "Frau" nicht haben verwenden können (Anm.190). Im übrigen sei mit "Schwangerer" nur die Täterin einer vollendeten Abtreibung nicht aber die Täterin eines (strafbaren) untauglichen Abtreibungsversuchs bezeichnet worden.

Diese dogmatische Argumentation erscheint indessen etwas willkürlich und auswechselbar. Das Motiv für die Änderung der Rechtsprechung scheint dagegen - wie auch sonst - in der rechtspolitischen Überlegung zu liegen, daß ein sachlicher Grund für eine andere Behandlung der Selbstabtreibung mit untauglichen Mitteln oder der Fremdatbreibung mit an einer Nichtschwangeren nicht vorhanden sei. Vor allem aber sei die abzuurteilende Frau nicht selten durchaus schwanger gewesen, nur sei ihr dies häufig nicht nachzuweisen - ein fragwürdiges Argument, das ,wenn es über dogmatische Bedenken triumphiert, zur Rechtfertigung der Verdachtsstrafe wird.

Damit war der Begriff des "Mangels am Tatbestand" aus der Rechtsprechung des Bundesgerichts verschwunden (Anm.191), und es

189. BGE 76 (1950) IV/153

190. BGE 76 IV/155 vergl. Anm.186

191. Das BG hätte durchaus Anlaß gehabt, den Begriff wieder aufzugreifen. In einem Urteil aus dem Jahre 1964 (BGE 90 IV/190) verurteilte es einen Täter wegen versuchter Verunreinigung, obwohl der Täter Eigentümer des Tatobjekts war. In der Begründung finden sich längere Ausführungen über die Gefährlichkeit des Verhaltens; es wurde sogar ausgeführt, daß der "Beschwerdeführer" ...." tatsächlich fremde Vermögensinteressen verletzt hat"(wovon tatsächlich keine Rede sein konnte).



ging im Grunde nur noch darum, die Fälle des Versuchs aus grobem Unverstand näher zu definieren.

Hierbei ging das Bundesgericht davon aus, daß die Untauglichkeit des Mittels oder Objekts allein kein kennzeichnendes Indiz für einen groben Unverstand des Täters ist. Auch ein Zusammentreffen der Untauglichkeit des Mittels mit der des Objekts führt nicht zwangsläufig zur Straffreiheit des Täters (Anm.192). Dass das Merkmal des Unverstandes vielmehr ein höchst subjektives ist, sah das Bundesgericht vielmehr schon sehr frühzeitig. Es muß sich nach seiner Rechtsprechung um einen offensichtlichen geistigen Defekt handeln, der sich in der Anwendung ganz eindeutig unbrauchbarer Mittel ausdrückt. Die Untauglichkeit des Mittels muß von jedem normal denkenden Menschen ohne weiteres erkannt werden können (Anm.193). Versucht etwa eine Frau eine Abtreibung mit Senfbädern und Seifenwasserspülungen, so sollen derart offensichtlich untaugliche Mittel, wie es das Bundesgericht verlangt, noch nicht vorliegen (Anm.194). Daß das Bundesgericht bereits frühzeitig den untauglichen Versuch einer Unterlassung als strafbar angesehen hat mag schließlich der Vollständigkeit halber erwähnt werden. (Anm.195)

Es kann nicht überraschen, daß sich das Bundesgericht angesichts des einen weiten Entscheidungsspielraum lassenden Gesetzes nicht zu einer endlosen Auseinandersetzung mit dem Pro-

192. BGE83 (1957) IV/132

193. BGE70(1944) IV/49 (Leitsatz)

194. Sachverhalt der soeben zitierten Entscheidung. In den Entscheidungsgründen wird präzisiert, daß der Täter eher dumm als gefährlich erscheinen muß. Als Beispiel wird der Fall des Totbetens genannt.

195. BGE73 (1947) IV/164 ff. Eine Mutter hatte ihr Kind durch Schläge aufs Gesicht verletzt und dadurch das Platzen eines Gefäßes im Gehirn verursacht. Obwohl das Kind daraufhin bewusstlos wurde, rief die Mutter keinen Arzt, obwohl sie der Überzeugung war, daß die Zuziehung eines Arztes zur Rettung des Kindes erforderlich sei. Das Kind starb. Nach ärztlicher Erfahrung wäre das Kind allerdings auch dann gestorben, wenn der Arzt erschienen wäre.

blem des untauglichen Versuchs veranlaßt sah. Das Schweizer Bundesgericht war insofern in einer erheblich günstigeren Position als etwa der österreichische OGH, der quasi von Fall zu Fall zu seinen hypothetischen Alternativüberlegungen gezwungen war. Die Notwendigkeit einer Grenzziehung zwischen dem strafbaren und dem straflosen Bereich nach der spezifischen Eigenart des Einzelfalls stellte sich freilich auch dem BGH bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch. Auch hier war es jedoch gegenüber dem österreichischen OGH insoweit im Vorteil, als es auf eingehende Untersuchungen der Wissenschaft zurückgreifen konnte, die die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch auf die subjektive Grundlage der Versuchslehre abgestimmt hatten. Bei diesen Untersuchungen handelt es sich namentlich um die Arbeiten Waiblingers und Germanns.

## 2. Die wissenschaftliche Vorarbeit zu der Abgrenzungstheorie des Bundesgerichts

---

Germann konnte bereits 1946 auf einige Urteile kantonaler Gerichte verweisen, die nach einer subjektiven Abgrenzungstheorie verfahren waren (Anm. 196). Darüber, wie er die Richtigkeit einer subjektiven Abgrenzungslehre begründete, ist bereits berichtet worden. Ähnlich wie Germann ( und damit wie die Mehrheit der Subjektivisten) setzte auch Waiblinger bei der Kritik der objektiven Lehre an ( Anm. 197). Er kam zu dem

196. Germann SchZStrR 60 (1946)/14 Unter Hinweis auf das Urteil des Basler Strafgerichts vom 14.12.1942 in Rechtsprechung in Strafsachen 1943/67 ff. Ferner Schwyzer Kriminalgericht Urteil vom 16.3.1943 in Rechtsprechung in Strafsachen 1944/4, Obergericht von Basel Land Urteil vom 6.3.1945 Rechtsprechung in Strafsachen 1945/36.
197. Waiblinger ZStW 69/169 ff, 196. Was Waiblinger zur rechtspolitischen Rechtfertigung der subjektiven Theorie angeführt hat, ist freilich anfechtbar, denn daß für die Subjektivisten der Strafgrund nicht in der Tat, sondern in der durch sie manifestierten Gefährlichkeit des Täters liegt, ist jedenfalls dann kaum bestreitbar, wenn die subjektive Verbrechenstheorie mit der symptomatischen Strafrechtslehre in Zusammenhang gebracht wird (aaO. S. 190) oder wenn es heißt, daß für die Subjektivisten der Schuldbegriff im Zentrum des modernen Strafrechts stehe, als deren Verkörperung die Lehre von der *défense sociale* genannt wird, die durchaus ohne den Schuldbegriff auskommen konnte, (auch wenn sie sich tatsächlich auf ihn beruft) aaO. S. 189.

Ergebnis, daß die objektive Lehre ihren objektiven Charakter nur vorgäbe, in Wirklichkeit aber ohne ein Schielen nach dem Tatplan des Delinquenten nicht auskomme. Dies zu bemerken hatte Waiblinger gerade im Hinblick auf die Frank-sche Formel allen Anlaß, da über die Frage, wann ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Handlung und tatbestandlicher Ausführung besteht, regelmäßig erst der Tatplan entscheidet (Anm.198). Ebenso wie bei der Frage nach dem Strafgrund des Versuchs ist daher nach Ansicht Waiblingers auch bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch der Tatplan der maßgebliche Anhaltspunkt.

Mit dieser Feststellung gab sich Waiblinger allerdings nicht zufrieden. Er forderte, daß über die Berücksichtigung des Täterplans hinaus auch das Kriterium bestimmt werde, nachdem der Tatplan beurteilt wird. (Anm.199) Waiblinger unterschied hier drei Möglichkeiten. Von einem extrem subjektiven Standpunkt aus tritt die Tat dann in das Versuchsstadium ein, wenn sich der Täter vorstellt, es gäbe kein Zurück mehr. Nach einer eher objektiveren Theorie wird Verhalten und Tatplan des Täters nach einem Maßstab bewertet, dem die Erfahrungen eines Durchschnittsbürgers zugrunde liegen. Beide Ansichten lehnte Waiblinger zugunsten einer Mittelmeinung ab - die erste, weil sie dazu führe, daß der Täter zum Richter über sich selbst gemacht werde, die letztgenannte, weil nicht der fiktive Tatplan einen imaginären Durchschnittsmenschen, sondern das Verhalten des Täters Gegenstand des Urteils sei (Anm. 200). Demgemäß ist nach Waiblinger auf die Täterpersönlichkeit abzustellen, mit der Folge, daß die Frage, ob der Tatentschluß

198. Vergl. Waiblinger ZStW 69/198, SchZStrR 72(1957)/127 ff.

199. Waiblinger ZStW 69/203

200. Waiblinger ZStW 69/203, 204

unwiderruflich ist, verschieden je nach dem beantwortet werden muß, ob es sich beim Täter um einen Anfänger am Beginn seiner kriminellen Karriere oder um einen abgebrühten Berufsverbrecher gehandelt hat. (Anm.201)

Waiblinger hat sich also nicht gescheut, täterschaftliche Elemente bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zu verwenden, obwohl hierdurch die Vorstellung eines - wenn auch nicht objektiven, so doch wenigstens für alle gleichmäßig geltenden - Versuchstatbestandes aufgegeben wird. Daß sich hiergegen nicht allein rechtsstaatliche Bedenken gelten machen lassen, sondern daß es auch zu praktischen Schwierigkeiten kommen kann, zeigt sich in Fällen der Gehilfenschaft, wenn die Tatschwelle von Haupttäter und Gehilfen zu verschiedenen Zeitpunkten überschritten wird. Vor allem aber - und diese Schwierigkeit hat Waiblinger selbst gesehen und zu lösen versucht - scheint es so, als könnte es bei Anwendung der von Waiblinger entwickelten Abgrenzungsformel einen freiwilligen Rücktritt vom unbeendeten Versuch nicht geben, da jedes Absterhen von der weiteren Verfolgung des Tatplans als Hinweis auf die fehlende Festigkeit des deliktischen Willens interpretiert werden könnte. Dies gilt umso mehr, als Waiblinger die vom Bundesgericht (Anm.202) vertretene These, Versuch liege jedenfalls vor, wenn die Handlung als objektive Tatbestandshandlung identifiziert werden könne, ausdrücklich verworfen hat (Anm.203).

201. Waiblinger ZStW 69/207, SchZStrR 72/131: "Maßgebend ist, ob es nach der gesamten Persönlichkeitsstruktur des zu beurteilenden Täters und nach den Umständen des konkreten Einzelfalls für diesen bestimmten Täter noch ein von äußeren Umständen unbeeinflusstes "Zurück" gab oder nicht".
202. BGESo (1954) IV/173
203. Waiblinger ZStW 69/210 und SchZStrR 72/139. Waiblinger hat diese Auffassung für inkonsequent. Ausführlich hat sich Waiblinger mit dem zitierten Urteil in ZdBJ 92 (1956)/201-204 befaßt. Unter Hinweis auf Germann (Verbrechen S. 69 SchZStrR 56/32) hat er dem BG Formalismus vorgeworfen, daß bei konsequenter Durchführung seiner Entscheidung "der Beginn der Ausführung völlig von der gesetzestechnischen Formulierung des Tatbestandes abhängt, die vom Gesetzgeber ohne jeden Gedanken an derartige Folgen aufgestellt ist" (S.205). Waiblinger hat freilich das Urteil BGSo IV/173 insoweit falsch interpretiert, als er annahm, das BG habe mit der teilweisen Verwirklichung des objektiven Tatbestandes die Überschreitung der Schwelle, hinter der es kein Zurück mehr gibt, präsumiert - was allerdings fragwürdig wäre. (S.206) Anzumerken bleibt schließlich, daß Waiblinger seine Abgrenzungsformel

Da die Möglichkeit des Rücktritts indessen vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen ist, mußte Waiblinger seine Theorie auf diese gesetzliche Regelung abstimmen. Er hielt einen Rücktritt dann für denkbar, wenn zwar der Tatentschluß feststand, jedoch äußere, ungewöhnliche Umstände den Täter von seinem Entschluß abgebracht haben, vorausgesetzt, daß noch von Freiwilligkeit des Täters die Rede sein konnte (Anm.204). Es liegt auf der Hand, daß der Begriff der Freiwilligkeit weit gefaßt werden muß, wenn für den Rücktritt überhaupt noch Raum bleiben soll.

### 3. Der Standpunkt des Bundesgerichts zur Abgrenzungsfrage

Das Bundesgericht hatte sich bereits frühzeitig zu einer subjektiven Abgrenzungsformel bekannt, bei seiner Anwendung im Einzelfall jedoch geschwankt. Bereits im Jahre 1945 sprach das Bundesgericht von einem "letzten entscheidenden Schritt" auf dem Wege zum Erfolg, der die Tat zum Versuch mache (Anm.205), stellte jedoch darauf ab, ob "in der Regel von der Unwiderruflichkeit" des Tatentschlusses ausgegangen werden könne (Anm.206).

mit der delus ex re Theorie verquiekt hat: "Wenn der Grund der Strafbarkeit des Versuchs in der Manifestation eines gefährlichen verbrecherischen Willens erblickt wird, der bei anders gelagerten Umständen... ebensogut zum Erfolg hätte führen können, dann sollte ein strafbarer Versuch doch wohl nur dann angenommen werden, wenn ein verbrecherischer Wille in einer Weise offenbart wurde, aus der erkennbar ist, daß er sowohl in der Zielrichtung unzweideutig als auch subjektiv hochgradig unwiderruflich ist." (S.206)

204. Waiblinger ZStW 69/210 SchZStr 72/136. Waiblinger nannte hier den Fall der Furcht vor Entdeckung, durch äußere Umstände verursachtes Erbarmen, Ermüdung.

205. BGE 71 (1945) IV/205 ff, 211 "Zur Ausführung des Verbrechens oder Vergehens (Art. 21 Abs. 1 StGB) gehört schon jede Tätigkeit, welche nach dem Plan, den sich der Täter gemacht hat, auf dem Wege zum Erfolg den letzten entscheidenden Schritt darstellt, von dem es in der Regel kein Zurück mehr gibt." Begründet wurde diese subjektive Theorie damit, daß im schweizerischen Recht der untätliche Versuch bestraft werde.

206. So jeweils unter ausdrücklicher Bezugnahme auf BGE 71 (1945) IV/211, BGE 74 (1948) IV/132 ff und BGE 75 (1949) IV/175. In der erstgenannten Entscheidung lehnte das BG Abtreibungsversuch in einem Fall ab, in dem die Schwangere bei einem Dritten an-



Der Sache nach änderte das Bundesgericht seine Rechtsprechung im Jahre 1957 (Anm. 207). Es hatte einen Fall zu entscheiden, in dem der Angeklagte sich in der Vergangenheit mehrfach Eigentumsdelikte, darunter auch Raubtaten hatte zuschulden kommen lassen. Ein weiterer geplanter Raub war nicht zur Ausführung gekommen. Zwar hatte sich der Angeklagte auf die Lauer gelegt, es war jedoch kein Opfer an der Stelle vorbeigekommen, an der der Täter gewartet hatte. Das Bundesgericht, das hier Raubversuch annahm, widerholte in den Entscheidungsgründen zwar die bekannte Formel, daß Versuch vorliege, wenn der Täter einen Schritt getan habe, von dem in der Regel nicht mehr zurückgetreten wird, die weiteren Ausführungen zeigen indessen, daß das Bundesgericht keineswegs die mutmaßlichen Motivationen eines Durchschnittsbürgers, sondern ganz im Sinne Waiblingers die erwartete Entschlossenheit des Angeklagten zum maßgeblichen Kriterium gemacht hat. Die Tatsache, daß der Täter mehrfach einschlägig vorbestraft war, bekam für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch und damit für die Strafbarkeit wegen einer bestimmten Tat unmittelbaren Einfluß.

Diese Änderung der Rechtsprechung wirkt sich für einen Vorbestraften, im Einzelfall möglicherweise durchaus noch nicht so fest entschlossenen Täter ungünstig aus. Daß aber die Rechtsprechung auch in Fällen strenger geworden war, die sich äußerlich von früher entschiedenen Fällen nicht unterscheiden, mögen folgende Beispiele zeigen: Während das Bundesgericht noch im Jahre 1948 einen Abtreibungsversuch verneint hatte, als die Schwangere sich bei einem Dritten lediglich nach dessen Bereitschaft abzutreiben erkundigt hatte (Anm. 208), bejahte es die Strafbarkeit im Jahre 1961 in einem gleichgelagerten Fall (Anm. 209). Abgesehen von der bereits zitierten (Anm. 210),

gefragt hatte, ob er die Abtreibung vorzunehmen bereit sei. In der anderen Entscheidung hatte das BG versuchten Versicherungsbetrug bejaht. Der Täter hatte einen Bekannten dazu bestimmt, seinen Wagen anzuzünden. Nach einem Verhör bei der Polizei aber noch vor der beabsichtigten Meldung des fingierten Schadens bei der Versicherung kam der wahre Sachverhalt an den Tag.

207. BGE 83 (1957) IV/142 ff

208. Vergl. Anm. 206

209. BGE 87 (1961) IV/155. Aufschlußreich ist der Leitsatz: "Die Schwangere tut den letzten entscheidenden Schritt zum Erfolg wenn sie mit dem Entschlusse, sich der Leibestrauchung zu entledigen, den Arzt aufsucht, die Verwirklichung ihrer Absicht aber daran scheitert, daß dieser den Eingriff verweigert." Das BG setzt das für den Versuch gerade Entscheidende - den Entschluß - gerade voraus, anstatt ihn zu ermitteln.

von Waiblinger und Germann abgelehnten Entscheidung in BGE 80 (1954) IV/173 ff verdient zur Frage der Abgrenzung von Vorbe-  
 reitung und Versuch nur noch die Entscheidung in BG E 80 (1954)  
 IV/122 ff besondere Erwähnung - dies deshalb, weil sie sich  
 am weitesten von jeder gesicherten dogmatischen Grundlage ent-  
 fernt und am unverhülltesten die kriminalpolitischen Hinter-  
 gründe der Rechtsprechung erkennbar werden läßt.

Der Täter hatte eine ursprünglich falsche Aussage auf Vorhalt  
 des Gerichts korrigiert und war deswegen vom Obergericht des  
 Kantons Solothurn wegen unvollendeten Versuchs des falschen  
 Zeugnisses bestraft worden. Das Bundesgericht hob diese Ent-  
 scheidung auf und gab der Nichtigkeitsbeschwerde des Ange-  
 klagten statt. Dabei ließ es das Bundesgericht dahingestellt,  
 ob der Täter den letzten Schritt bereits getan hatte. Unter  
 Hinweis auf § 308 StGB, der den Richter ermächtigt, die Strafe  
 nach freiem Ermessen zu mildern (Art. 66) oder von einer Be-  
 strafung Umgang zu nehmen, wenn der Täter die Vollendete fal-  
 sche Aussage aus eigenem Antrieb berichtigt, bevor durch sie  
 für einen anderen ein Rechtsnachteil entstanden ist, argumen-  
 tierte das Bundesgericht vielmehr mit Gesichtspunkten, die  
 üblicherweise nur im Zusammenhang mit dem strafbefreienden  
 Effekt des Rücktritts erörtert zu werden pflegen (Anm. 210).

Derartige Überlegungen finden sich naturgemäß weit häufiger  
 bei Entscheidungen, die die Frage des Rücktrittsversuchs be-  
 treffen, wenngleich das Bundesgericht, das offenbar die krimi-  
 nalpolitische Rechtfertigung der Strafmilderung oder Straf-  
 freiheit als selbstverständlich ansah, in erster Linie das  
 Problem der Freiwilligkeit zu lösen bemüht war. Erörterungen

210. Vergl. oben S. 253 Anm. 203

211. Das BG führte aus: " Die Aussicht verfolgt zu werden, könnte  
 den Zeugen, von der Berichtigung abhalten, während anderer-  
 seits die Zusicherung von Straflosigkeit durch den Richter  
 ihm die Umkehr zur Wahrheit erleichtert." In der Tat wäre es  
 sinnwidrig, erst nach einer vollendeten falschen Aussage die  
 Möglichkeit der Strafbefreiung zu eröffnen.

darüber, ob der Täter durch seinen Rücktritt bereits verwirklichtes Unrecht wieder aus der Welt schaffen könne, ob also die Tat und Rücktritt unter dem Blickwinkel des Rücktritts als Einheit zu sehen wäre, finden sich nicht. Dagegen ging das Bundesgericht ganz zweifelsfrei davon aus, daß das Gesetz ein Angebot an den Täter enthält, durch das ihm die Tatausführung gleichsam abgehandelt werden soll. Auch hier zeigt sich, daß die schweizerische Rechtsprechung von jedem dogmatischen Rigorismus frei ist, ohne sich den bekannten Bedenken hinzugeben, die gegen jede Abweichung von dem Prinzip, Unrecht in jedem Fall strafrechtlich zu ahnden, vorgebracht zu werden pflegt.

#### 4. Die Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Rücktritt vom Versuch

---

Die Frage, ob der Rücktritt freiwillig sei, versuchte auch das Bundesgericht mit Hilfe der Frank'schen Formel zu beantworten. Auch in deren Anwendung war das Bundesgericht indessen nicht starr. Zwar ging es davon aus, daß die Freiwilligkeit ohne Rücksicht auf die ethische Bewertung der zum Rücktritt führenden Beweggründe festzustellen sei (Anm.212), damit <sup>es</sup> wollte aber die Relevanz der Art des jeweiligen Motivs nicht schlechthin verneinen. Von der Art des Motivs sollte vielmehr die Entscheidung darüber abhängen, ob die Strafe zu mildern oder zu erlassen sei (Anm.213). An die Freiwilligkeit stellte das Bundesgericht im übrigen recht strenge Anforderungen: In dem soeben zitierten Fall ging es darum, ob die Angst vor Entdeckung die Freiwilligkeit ausschließen kann. Diese Frage, die wohl von Fall zu Fall danach zu beantworten ist, ob der

212. BGE 83 (1957) IV/1

213. BGE 83(1957) IV/ 1 (2)

Täter durch bestimmte (möglicherweise nur eingebil-dete) Ereignisse Anlaß für die Befürchtung hat, daß sich die Gefahr seiner Entdeckung erhöht hat, löste das Bundesgericht sehr pauschal dahin, daß die Furcht vor Entdeckung den Rücktritt ausschließe (Anm.214) - eine Entscheidung, die den benachteiligt, der zögernd und sich der möglichen Entdeckung bewußt, ans Werk macht, obwohl hier der verbrecherische Wille unter Umständen gerade besonders schwach ist.

Zu berichten ist schließlich noch von der Stellungnahme des Bundesgerichts zum Rücktritt des Gehilfen - einem Problem, daß bekanntlich auch in Deutschland heftig diskutiert worden ist, da es sowohl Teilnahme - und Versuchsfragen als auch allgemeine kriminalpolitische Fragen stellt. Die Stellungnahme des Bundesgerichts (Anm.215) ist freilich nicht eindeutig. Zwar schließt das Bundesgericht nicht aus, daß sich ein Gehilfe durch Rücktritt Straffreiheit verdienen kann - wobei allerdings offensteht, ob er nur seinen Tatbeitrag unwirksam machen oder die Vollendung der Tat durch seine Komplizen verhindern muß - es läßt aber die Vollendung der "Gehilfentätigkeit" früher eintreten als die Vollendung der Haupttat und schließt nach Eintritt dieser "Vollendung" den Rücktritt des Gehilfen offenbar selbst dann aus, wenn der Gehilfe dazu beiträgt, daß der Versuch des Haupttäters nicht zur Vollendung gedeiht. Jedenfalls hat das Bundesgericht einen Gehilfen, der bei einem Einbruchsdiebstahlsversuch zunächst seinen Komplizen abgedeckt hatte, dann aber weggelaufen war, verurteilt.

214. Die Täterin hatte in dem der Entscheidung zugrundeliegenden Fall, ohne krank zu sein, bei ihrer Versicherung einen Unfall angemeldet und Krankengeld beantragt - freilich ohne die erforderliche Unfallkarte einzureichen. Nachdem der Antrag bei der Versicherung eingegangen war, sprach ein Versicherungsvertreter bei ihrem Arbeitgeber vor. Am gleichen Tage verzichtete die Täterin schriftlich, ohne hierzu aufgefordert worden zu sein, gegenüber der Versicherung auf Krankengeld. In der Begründung heißt es hierzu: "Die Beschwerdeführerin ist nicht aus eigenem Antrieb zurückgetreten, da der Beendigung der strafbaren Tätigkeit der begründete Verdacht im Wege stand, die Suevia (das war die Versicherung)traue ihren Angaben nicht. Denn wenn auf Seiten der Suevia Mißtrauen bestand, so lag die Möglichkeit der Entdeckung derart nahe, daß die Beschwerdeführerin ernsthaft damit rechnete und sich sagte, sie werde zum beabsichtigten Ziel nicht mehr kommen, selbst wenn sie es wolle".

215. BGE 92 (1966) IV/113

4. Teil: Neuregelung der Versuchs-  
bestimmungen in den Strafrechtsreform-  
gesetzen

In Deutschland, Österreich und in der Schweiz sind Strafrechtsreformgesetze in Kraft getreten, durch die der allgemeine Teil der betreffenden Strafgesetzbücher umgestaltet worden ist. Soweit von diesen Reformen auch die Versuchsbestimmungen betroffen sind, bleibt zu untersuchen, zu welchen systematischen Grundlagen der Versuchsdogmatik sich der Gesetzgeber bekannt hat. Daneben wird das jüngste Schrifttum zu überprüfen sein, inwieweit es neue Ansätze zur Lösung dogmatischer Fragen entwickelt hat, die sich bei der Versuchsregelung stellen.

I. Die Reformgesetzgebung in Deutschland, in Österreich  
und in der Schweiz

1. Die Reform des schweizerischen StGB

In der Schweiz sind die den Versuch betreffenden Bestimmungen im Zuge der "Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuches durch das Gesetz vom 18.3.1971" unverändert geblieben. Die genannte Reform hat sich auf eine Modifizierung des Tatfolgensystems beschränkt<sup>1.</sup> Auch die beabsichtigte dritte Teilrevision des Schweizer Strafgesetzbuches wird die Versuchsbestimmungen voraussichtlich nicht berühren<sup>2.</sup>

1. Vergl. zu den mit der Reform verfolgten kriminologischen Zielen (Verbesserung der resozialisierenden Wirkung von Strafen und Maßnahmen) O.A. Germann ZStrR 87 (1971)/357, Schultz ZStrR 88 (1972)/1 ZStW 83 (1971)/1045
2. Vergl. Schultz ZStrR 88 (1972)/225



Offenbar entspricht die flexible und ohne großen dogmatischen Balast nach Strafwürdigkeitsgesichtspunkten konzipierte Regelung der §§ 21 ff. noch immer den kriminalpolitischen Anforderungen und Vorstellungen des schweizerischen Gesetzgebers. Die Offenheit gegenüber neuen kriminalpolitischen Zielsetzungen ist die natürliche Folge davon, daß die Versuchsbestimmungen dem Richter einen weiten Ermessensspielraum bei der Strafzumessung einräumen und ihm damit eine weitgehende Berücksichtigung kriminalpolitischer Erwägungen erlauben.

Daß freilich die Verlagerung der kriminalpolitischen Entscheidungen vom Gesetzgeber auf den Richter nicht allein wegen der gefährdeten Gleichmäßigkeit der Rechtsanwendung bedenklich ist, wird offenkundig, wenn die Frage nach der verfassungsmäßigen Legitimation des Richters zur Kriminalpolitik und damit zur Rechtssetzung aus der Sicht des Gewaltenteilungsprinzips gestellt wird. Dieser Frage nachzugehen, ist allerdings nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit, die sich auf die Feststellungen beschränken kann, daß die jüngsten Reformgesetze und - vorhaben in der Schweiz die Unrechtsdogmatik der Versuchsbestimmungen nicht berühren.

## 2. Die Reform des österreichischen Strafgesetzes

---

Die auf den Seiten 264 ff. geschilderten Reformbemühungen in Österreich sind durch das Inkrafttreten des neuen Strafgesetzes erfolgreich abgeschlossen worden. Die Versuchsbestimmungen lauten nunmehr:

### Strafbarkeit des Versuches

#### § 15

1. Die Strafdrohungen gegen vorsätzliches Handeln gelten nicht nur für die vollendete Tat, sondern auch für den Versuch und für jede Beteiligung an einem Versuch.
2. Die Tat ist versucht, sobald der Täter seinen Entschluß, sie auszuführen oder einen anderen dazu zu bestimmen (§ 12),

durch eine der Ausführung unmittelbar vorausgehende Handlung betätigt.

Der Versuch und die Beteiligung daran sind nicht strafbar, wenn die Vollendung der Tat mangels persönlicher Eigenschaften oder Verhältnisse, die das Gesetz beim Handelnden voraussetzt, oder nach der Art der Handlung oder des Gegenstandes, an dem die Tat begangen wurde, unter keinen Umständen möglich war.

Rücktritt vom Versuch

#### § 16

Der Täter wird wegen des Versuches oder der Beteiligung daran nicht bestraft, wenn er freiwillig die Ausführung aufgibt oder, falls mehrere daran beteiligt sind, verhindert oder wenn er freiwillig den Erfolg abwendet.

Der Täter wird auch straflos, wenn die Ausführung oder der Erfolg ohne sein Zutun unterbleibt, er sich jedoch in Unkenntnis dessen freiwillig und ernstlich bemüht, die Ausführung zu verhindern oder den Erfolg abzuwenden.

Wie ein Vergleich mit den auf Seite 282 f. zitierten §§ 14 und 15 des E 1966 zeigt, haben sich gegenüber dem damaligen Entwurf nur hinsichtlich der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung insoweit geringfügige Änderungen ergeben, als die Strafbarkeitsgrenze etwas vorverlegt worden ist.

Bereits im Laufe der Reformdiskussionen hatte sich eine überwiegende Meinung für die Festschreibung der OGH-Rechtsprechung zur Straflosigkeit des sog. absolut untauglichen Versuchs gebildet. Dagegen war die auf der Manifestationstheorie fußende Rechtssprechung früherer Zeit zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zunehmend auf Ablehnung gestoßen, da sie zu einer als unangemessen empfundenen Ausweitung des strafbaren Versuchsbereichs geführt hatte. Die diesen Ausfassungen Rechnung tragende Neufassung der Versuchsvorschriften kam daher nicht überraschend. Zu ihrer Auslegung kann das an früherer Stelle Ausgeführte wie folgt zusammengefaßt werden:

Die Straflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs bestätigt die Orientierung des Unrechtsbegriffs am Rechtsgut, ohne dessen Gefährdung ein rechtswidriges Handeln nicht gegeben ist. Der (in die Tat umgesetzte) Vorsatz als das den Versuch prägende Element hat - sofern er überhaupt als Unrechtselement erfaßt wird - weder eine selbständige Bedeutung noch erschöpft sich beim Versuch das Unrecht im betätigten Verbrechensentschluß. Bedeutung hat der Vorsatz vielmehr nur in seiner Funktion als Element der Rechtsgutsgefährdung. Hierzu hat insbesondere Nowaskowski nähere Erläuterungen gegeben, die nachfolgend im Abschnitt II/1 darzustellen sind.

Bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch vermeidet die Neuregelung der Versuchsbestimmungen die Systembrüche der früheren Rechtsprechung.

Die Orientierung an der Rechtsgutsgefährdung als der Rechtfertigung der Versuchsstrafbarkeit hat die nunmehr berücksichtigte Konsequenz, daß bei der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung entsprechende Kriterien zugrunde zu legen sind.

Da freilich eine Rechtsgutsgefährdung nicht schlagartig eintreten pflegt, sondern regelmäßig allmählich wächst, ist bei der Abgrenzung der Begriff der "Unmittelbarkeit" der Gefährdung heranzuziehen.

Nur soweit die gesetzlichen Straftatbestände die Art der Tatverwirklichung präzisieren und damit festlegen, auf welche Weise allein eine strafbare Rechtsgutsgefährdung eintreten kann, ist der Zeitpunkt der unmittelbaren Gefährdung durch den Übergang der Tatbestandsverwirklichung relativ leicht zu bestimmen. Soweit die Tatbestände jedoch nur den Erfolg der Tat umschreiben, wie dies dem Regelfall entspricht, sind jeweils ungezählte Möglichkeiten der Rechtsgutsgefährdung denkbar, die sich sämtlich als tatbestandsmäßig herausstellen, wenn sie sich im Erfolg realisieren.

Solchenfalls bietet der gesetzliche Tatbestand keinen ausreichenden Anhaltspunkt für eine Abgrenzung, da die Tatbegehung als solche nicht typisiert ist. Es ist deshalb entweder auf die nahe Beziehung des Handelns zum Erfolg abzustellen, wobei in erster Linie der die Gefährdung mitbestimmende Umfang der Tatvorbereitungen und die zeitliche Nähe zur letzten vom Täter für erforderlich angesehene Handlung maßgebend sind, oder aber auf die psychische Beziehung des Täters zu seinem Tun, das von einem bestimmten Zeitpunkt an als endgültig im Sinne von dem "jetzt tue ich es" betrachtet wird, wobei auch diese Beziehung durchaus vom Rechtsgutsbegriff her als Konkretisierung der Gefahr gedeutet werden kann.

Aus dem Gesetzestext der eine "der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung" verlangt, läßt sich schließen, daß der Gesetzgeber der erstgenannten Auffassung gefolgt ist. Dem entspricht, daß das letztgenannte, am Vorstellungsbild des Täters orientierte Abgrenzungskriterium im strafrechtlichen Schrifttum Österreichs (anders als vor allem in der Schweiz) so gut wie überhaupt nicht in Erwägung gezogen wird. Es muß deshalb davon ausgegangen werden, daß die geforderte unmittelbare Beziehung zur Tatausführung nach den Vorstellungen des Gesetzgebers in einem äußerlich erkennbaren Konnex zwischen Handlung und angestrebten Taterfolg bestehen muß.

Vorauszusetzen ist dabei freilich, daß sich die Rechtsprechung auf der Grundlage dieser Theorie trotz Ausklammerung des absolut untauglichen Versuchs mit Fällen konfrontiert sehen wird, in denen die unmittelbare Gefährdung des Rechtsguts nicht in der theoretisch geforderten Weise sichtbar wird. Nicht jedes deliktische Handeln trägt bereits im Übergangsstadium von der Vorbereitung zur Ausführung das für jeden erkennbare Stigma des Verbrechens. Vieles was ein Täter zur Verwirklichung seiner Tat unternimmt, ist vielmehr für den unbefangenen (und unwissenden) Dritten unverfänglich. Erst die Kenntnis des Tatplans klärt über die Bedeutung des Handelns oder Unterlassens auf.

Die bereits mehrfach betonte Notwendigkeit, den Tatplan bereits bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch zu berücksichtigen, legt dann freilich nahe, gleichsam als nächsten Schritt auch die Einstellung des Täters zum "Ob" seiner Tat in die Prüfung einzubeziehen. Inwieweit sich die Rechtssprechung dem in Fällen verschließen kann, in denen ein bereits fest entschlossener Täter vor Ausführung seiner Tat entdeckt worden ist, kann nicht vorausgesehen werden.

Der sowohl aus der Straflosigkeit des untauglichen Versuchs als auch aus der Entscheidung des Gesetzgebers für ein überwiegend objektives Abgrenzungskriterium zwischen Vorbereitung und Versuch zu folgernde Zusammenhang zwischen Unrechtsbegriff und Rechtsgutsbegriff läßt darauf schließen, daß eine Beziehung zwischen der Unrechtdogmatik und der beim Rücktritt von Versuch eintretenden Straffreiheit nicht besteht.

In der Tat ist der österreichische Gesetzgeber davon ausgegangen, daß die den Unrechtsvorwurf begründete Rechtsgutsgefährdung bereits eingetreten sei und auch durch einen Rücktritt nicht mehr ungeschehen gemacht werden könne. In § 16 StG n.F. ist dementsprechend ein persönlicher Strafaufhebungsgrund normiert.

### 3. Die Reform des deutschen StGB

Die Änderungen, die das am 1.1.1975 in Kraft getretene Strafrechtsreformgesetz hinsichtlich der Versuchsbestimmungen in Deutschland gebracht hat, brauchen nur kurz skizziert zu werden, da Verlauf und Ergebnis der Reformdiskussion vielfältig dargestellt und dokumentiert worden ist.



Auch in Deutschland lag der Schwerpunkt der Reform naturgemäß auf kriminalpolitischem Gebiet. Die Notwendigkeit, den Allgemeinen Teil des StGB in seinem dogmatischen Teil zu ändern, ist sogar überhaupt bezweifelt worden.<sup>3</sup>

Weitgehende Einigkeit bestand bereits bei der Beratung der Großen Strafrechtskommission<sup>4</sup> und bei den Verfassern des Alternativentwurfs 1966<sup>5</sup> darüber, daß von einer subjektiven Versuchstheorie auszugehen sei. Differenzen gab es nur in Einzelfragen, wie etwa der, ob der Versuch des sog. "untauglichen Täters" strafbar sei, welche Formulierung die Ausklammerung von Vorbereitungshandlungen aus dem Bereich des strafbaren Versuchs am sichersten gewährleiste und unter welchen Voraussetzungen der Rücktritt eines Teilnehmers straf-, befreiend wirkt.

Diese Diskussion ist durch das Inkrafttreten des Strafrechtsreformgesetzes nur teilweise beendet worden. Eine Reihe von Fragen ist offengeblieben.

Hierzu gehört besonders die von Gössel<sup>6</sup> eingehend untersuchte Frage, ob die Regelung des § 23 Abs. 3 StGB den irrealen Versuch erfaßt. Nach dem Wortlaut dieser Vorschrift<sup>7</sup> scheint dies der Fall zu sein, da ~~es~~ sich hinsichtlich der Untauglichkeit zwischen dem absolut ungefährlichen und irrealen Versuch keine Unterschiede ergeben<sup>8</sup>.

Nach Gössel ist der irreale Versuch jedoch überhaupt kein Fall eines echten Versuchs, da er den in § 22 normierten Anforderungen an einen Versuch nicht entspricht.

3. Vergl. Armin Kaufmann ZStW 80 (1968)/34,52
4. Vergl. das Referat von Bockelmann in Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission Bd. II/171 (auch in Strafrechtliche Untersuchungen Seite 150) anders allerdings Freiherr v. Stackelberg a.a.O. Seite 181 ff.
5. Vergl. AE 66 Seite 62 ff.
6. Gössel, Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz GA 71/225 ff., 229
7. Zur sprachlichen Ungenauigkeit der Vorschrift vergl. Gössel a.a.O. Seite 227
8. so richtig Gössel a.a.O., Seite 232. Für die Unterstellung des irrealen Versuchs unter § 23 Abs. 3 StGB n.F. deshalb Jescheck LB 2. Auflage, Seite 349, Baumann LB 5. Auflage, Seite 512

Zurückgreifend auf Bockelmann <sup>9.</sup> unterscheidet er den untauglichen vom irrealen Versuch danach, daß der Handelnde bei letzterem die "Grenze der Realität dadurch überschreitet, daß er sein Handeln am Wirken irrealer Kräfte ausrichtet"<sup>10.</sup>, bzw. sich "zur Verwirklichung des verpönten Tuns einer (...) sich selbst beigelegten, nicht nachweisbaren realen Herrschaft oder eines nicht nachweisbar realen Einflusses auf ein real existierendes Mittel bedient".<sup>11.</sup>

Wer derart handelt, kann nach Gössel auch nicht aufgrund seiner Vorstellung unmittelbar zur Tatbestandsverwirklichung ansetzen, da eine "Umsetzung" der "Jenseits der Realität liegenden Kräfte" in die reale Wirkung auch nach der Tätervorstellung erforderlich ist.<sup>12.</sup>

Offengeblieben ist weiterhin die Frage, ob alle Fälle, in denen ein "untauglicher Täter" in der Vorstellung deliktischen Handelns tätig geworden ist, als Fälle strafloser Warnverbrechen anzusehen sind, die straffrei bleiben <sup>13.</sup>

Hierbei ist durchaus fraglich, inwieweit die Beantwortung dieser Frage, in der es um das "Ob" der Bestrafung geht, nicht eher vom Gesetzgeber zu verlangen gewesen wäre, als die von Gössel geforderte Unterscheidung zwischen abstrakt ungefährlichem und irrealem Versuch, da letzterenfalls dem Richter ohnehin ein weiter, bis zur Straffreiheit reichender Ermessensspielraum gelassen worden ist.

9. vergl. Anm. 4 (auch in strafrechtliche Untersuchungen, Seite 160) ferner Egon Schneider GA 55/265

10. Gössel a.a.O. Seite 233

11. Gössel a.a.O., Seite 234

12. Gössel a.a.O., Seite 235

13. Für die Entscheidung des Gesetzgebers, die Beantwortung dieser Frage der Rechtssprechung zu überlassen, Gössel a.a.O., Seite 235

Schließlich ist der Rechtssprechung naturgemäß in der Frage der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch nur ein Leitlinie zur Orientierung ihrer Entscheidungen gegeben worden, denn wann ein Täter zur Tatausführung "unmittelbar" ansetzt, kann m.E. nicht generell in der Weise entschieden werden, daß Versuch stets verneint wird, wenn vor der Tatbestandsverwirklichung weitere Handlungen erforderlich sind.<sup>14.</sup>

Zunächst wird es stets möglich sein, die vom Täter geplante Handlung in derart kleine Einzelakte zu zerlegen, daß die nach dieser Formel den Versuchstatbestand allein erfüllende letzte Handlung vor der Tatbestandsverwirklichung mit dieser praktisch zusammenfällt. Der Bereich des unbeendeten Versuchs wird dadurch auf die Fälle eingengt, in denen die Tatbestandsverwirklichung selbst in mehreren Akten erfolgt.

Zudem ist es problematisch, bei der Abgrenzung den Begriff der "Tatbestandsverwirklichung" zu benutzen, denn daß, was gemeinhin als tatbestandsmäßig angesehen wird, - das Abdrücken eines Gewehrs, der Griff in die Kasse, das Zustecken mit einem Messer etc. - erfüllt als solches keinen Tatbestand, weil diese Handlungen nicht typisiert sind. Ohne die gesetzliche Typisierung ist aber überhaupt fraglich, ob das objektive Element der Abgrenzungsformel verwertbar ist.

Den Charakter des Tatbestandsmäßigen erlangen derartige Handlungen erst in der Vorstellung des Täters, in der sie auf den angestrebten Erfolg bezogen werden. Diese Abhängigkeit von den Vorstellungen des Täters (die den Vertretern des subjektiv - objektiven Abgrenzungstheorie selbstverständlich bewußt ist) müßte folgerichtig zur Prüfung der Frage führen, was der Täter als Ausführungshandlung bzw. Tatbestandsverwirklichung angesehen hat.

Damit verlagert sich die Abgrenzung aber überhaupt in den subjektiven Bereich und kann nur noch danach getroffen werden, wann der Täter sich sagt "jetzt tue ich es".<sup>15.</sup>

Bei "untauglichen" Versuchshandlungen zeigt sich dies besonders deutlich, da solchenfalls das Handeln des Täters häufig keinerlei objektiv nachvollziehbaren Bezug zum angestrebten Taterfolg hat und sich damit nicht einmal der Anschein einer Tatbestandsverwirklichung ergibt. In derartigen Fällen kann auch nicht ohne weiteres nur der letzte der geplanten Teilakte als quasi-Tatbestandsverwirklichung angesehen werden, weil dies regelmäßig den Vorstellungen des Täters nicht entspricht. Dies würde bedeuten, daß der Täter im Falle eines "untauglichen" Versuchs eher in den strafbaren Bereich eintritt als bei einem tauglichen Versuch, in dem die Tauglichkeit der Handlung eine scheinbare Tatbestandlichkeit erzeugt.

Diese Zweifel an dem Wert der in § 22 StGB n.F. gebrauchten Abgrenzungsformel des "unmittelbaren Ansatzens" liegen freilich im Wesen jeder Abgrenzungstheorie, die sich auf objektive Kriterien stützt. Sie dürfen deshalb nicht als ablehnende Kritik an der gesetzlichen Regelung angesehen werden, die offensichtlich aus rechtsstaatlichen Erwägungen den strafbaren Versuchsbereich durch eine "strenge" Formel eingrenzen wollte.

Letztlich sind diese legislatorischen Erwägungen nicht dogmatisch sondern kriminalpolitischer Art. Die sich aus der subjektiven, auf dem Handlungsunwert als ausschlaggebendem Unrechtselement aufbauenden Versuchslehre ergebenden Konsequenzen für die Abgrenzung sind nicht uneingeschränkt gezogen, sondern aus Gründen bei der Abgrenzungsfrage abgeschwächt worden, die dogmatisch nicht ohne weiteres zu erfassen sind.

15. Dabei wird nicht übersehen, daß die Vorstellung des Täters allein in der Tatausführung begriffen zu sein, zur Abgrenzung nicht genügen kann, da eine derartige Vorstellung ohne "tatbestandliche" Entsprechung derjenigen bei Begehung eines Wahndelikts vergleichbar ist. Zweifel bestehen nur insoweit, daß diese tatbestandliche Entsprechung bei einer grundsätzlich subjektiven Versuchstheorie im objektiven Begriff der Tatbestandsverwirklichung gefunden werden kann.

Die Transponierung der "Tatbestandsverwirklichung" in den subjektiven Vorstellungsbereich des Täters hat auf den Handlungsunwert keinen Einfluß, solange sich die Vorstellungen des Täters nicht auf fiktive Tatbestände beziehen. Der Handlungsunwert bleibt mit anderen Worten auch dann feststellbar, wenn ihm eine Entsprechung im objektiven Tatgeschehen in Form der Rechtsgutsgefährdung oder des Verletzungserfolgs fehlt.

Das bedeutet, daß auch für die Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch aus dogmatischen Gründen nicht mehr gefordert werden müßte, als die subjektive Bezogenheit des Tatgeschehens auf die Tatbestandsverwirklichung in der Vorstellung des Täters und die Umsetzung des Tatentschlusses in eine Handlung, die der Täter als endgültigen Schritt zur Erreichung des Tatziels ansieht. Die von § 22 StGB n.F. zusätzlich geforderte Entsprechung zwischen dieser Willensbestätigung und spezifischen Tatbestandserfordernissen, d.h. die damit vollzogene Wendung ins "Objektive" ist der subjektiven Versuchslehre dogmatisch nicht immanent.

Ob die gesetzgeberische Entscheidung kriminalpolitisch gerechtfertigt ist, soll hier nicht untersucht werden. Festzuhalten bleibt freilich, daß kriminalpolitische Entscheidungen auch in den dogmatischen Bereich der Versuchslehre hineinreichen. Diese kriminalpolitischen Einflüsse zu systematisieren und in die Dogmatik einzubauen, ist ein kennzeichnendes Merkmal einer im Vordringen begriffenen Lehrmeinung, auf die noch einzugehen sein wird.

## II. Neues Schrifttum in der Versuchslehre

Im Zuge der Reformgesetzgebung haben sich insbesondere in Österreich einige Autoren zu Grundfragen der Un-



rechts- und Versuchslehre geäußert, während in Deutschland eher Einzelprobleme - etwa der Versuch des Unterlassungsdelikts, die Unterscheidung von unbeendetem und beendetem Versuch und der Rücktritt vom Versuch - im Vordergrund gestanden haben.

Während sich die österreichischen Autoren in erster Linie darum bemüht haben, den Rückstand in der dogmatischen Diskussion gegenüber der deutschen Strafrechtslehre aufzuholen, der durch das starre Festhalten am Verbrechenssystem Belings entstanden war, klingen in einigen Aufsätzen deutsche Autoren gerade zu dem ungeklärten Verhältnis von Kriminalpolitik und Dogmatik neue Töne an, die richtungsweisend sein können. Die vorliegende Darstellung wendet sich daher zunächst der österreichischen Strafrechtslehre zu und behandelt abschließend neuere deutsche Lehrmeinungen.

#### 1. Die österreichische Literatur zur Reform der Versuchs- ----- bestimmungen -----

Soweit zur neuen Versuchsregelung der §§ 15 und 16 Kommentarliteratur erschienen ist, hält sie sich weitgehend an die Ergebnisse der Rechtssprechung zur Unterscheidung vom konkret und abstrakt untauglichen Versuch und übernimmt damit auch hinsichtlich des der Versuchsdogmatik zugrundeliegenden Unrechtsbegriffs die herkömmlichen, am Rechtsgutsbegriffs fixierten Vorstellungen <sup>16.</sup>

16. Vergl. Mayerhofer-Rieder Das österreichische Strafrecht § 15 Anm. 37 a ff.

Nach dem erklärten Ziel der Reform, die Rechtsprechung des OGH quasi legislatorisch zu bestätigen, ist diese Orientierung nur folgerichtig. Die Frage nach dem zulässigen Grad der Abstraktion von den für das Scheitern des Versuchs verantwortlichen Umständen des Einzelfalls ist freilich auch in jüngeren Entscheidungen nicht beantwortet worden. Die Vielzahl der Entscheidungen zu nahezu identischen Fällen beweist vielmehr gerade, daß diese Frage unlösbar ist und daß nicht einmal brauchbare Richtlinien der Judikatur erwartet werden können. Als Beispiel soll nur erwähnt werden, daß die <sup>in</sup>OGH EvBl 69/365 und 72/195 bejahte abstrakte Eignung einer Brechstande als Einbruchsdiebstahl für einen Sperrhaken in EvBl 72/325 verneint wird und von OG EvBl 75/242 in einem ähnlichen Fall offengelassen worden ist.

Nun kann es keinem Zweifel unterliegen, daß ein Sperrhaken im Einzelfall durchaus zur Öffnung einer Kasse und dergl. genügt, während umgekehrt eine Brechstande an einem Panzerschrank versagt. <sup>17</sup>. Die Eignung hängt also ganz davon ab, woran die Wirkung des eingesetzten Mittels erprobt wird und kann deshalb generell (wenn überhaupt) nur durch Abstraktion von dem Tatgegenstand beurteilt werden, wobei diese Beurteilung stets einheitlich ausfallen müßte.

17. Derartige Beispiele können fast beliebig vermehrt werden. Eine stichwortartige Aufzählung mag genügen:  
Tauglich sollen sein: Die an einen Arzt gerichtete Bitte, eine Abtreibung vorzunehmen, auch wenn dieser hierzu nicht bereit ist EvBl 69/367, das Durchsuchen von Büroräumen eines Gewerbebetriebs als Diebstahlsversuch EvBl 72/195, plumpe Fälschungen EvBl 70/370, 71/242, 71/100, Täuschungshandlungen dagegen nur bei entsprechendem Opfer EvBl 72/153.

Dieser während der Reformdiskussion mehrfach zur Sprache gekommenen Konsequenz hat der Gesetzgeber offensichtlich durch die Bezugnahme auf die konkrete Tat entgehen wollen. Gerade das Abstellen auf die konkrete Tat steht jedoch zum Tatbestandsmerkmal "unter keinen Umständen möglich" in begrifflichem Gegensatz, der auch in Einzelfallentscheidungen nicht auflösbar ist. Nicht anders liegt es bei der Frage des sog. untauglichen Objekts <sup>18.</sup>.

Es überrascht dabei angesichts dieser offenkundigen Schwierigkeiten, daß der für eine objektive Versuchslehre allein tragfähige Begriff der Gefährdung in der Kommentarliteratur kaum Erwähnung findet, während die auf dem Prinzip der Abstraktion ex post beruhenden Kriterien des "nie und nimmer" des "bei generalisierender Betrachtungsweise unmöglich" oder des "denk unmöglich" immer noch diskutiert und als brauchbar angeboten werden <sup>19.</sup>.

Bei der Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch ist die Bezugnahme auf die Rechtssprechung früherer Jahre nicht mehr ohne weiteres möglich. Gegenüber der von der Rechtssprechung vertretenen Manifestationstheorie hat die Neuregelung des § 15 Abs. 2 StG den strafbaren Versuchsbereich dadurch eingegrenzt, daß eine "der Ausführung unmittelbar vorangehende Handlung" verlangt wird <sup>20.</sup>.

18. Z.B. sollte es nicht am Tatobjekt fehlen, wenn bestimmte Gelder niemals in dem von dem Täter aufgebrochenen Tresor verwahrt zu werden pflegen EvBl 72/195

19. Vergl. etwa die sozusagen als innerdienstliche Richtlinien zu verstehende Kommentierung des StG, die die Oberstaatsanwaltschaft Wien an alle Justizverwaltungsstellen verteilt hat (dem Autor liegt nur eine Hektographie dieser Richtlinien ohne Seitenzahlen vor).

20. Vergl. Serini ZStrE 90 (1974)/16

Die Rechtssprechung hatte selbst diese Eingrenzung vorbereitet, in-dem sie in jüngeren Entscheidungen die zur Manifestation des Verbrechensentschlusses erforderliche "klar erkennbare" Darstellung der bösen Absicht nur in einer Handlung erblickt hat, die in sinnfälliger Beziehung zum Unrecht der geplanten Tat stand oder in ein entsprechendes Verbrecherisches Verhalten unmittelbar übergehen sollte.<sup>21.</sup>

Unter der Geltung des neuen § 15 Abs. 2 StG wird die Rechtsprechung freilich die Manifestationstheorie überhaupt fallenlassen müssen und auch die Kommentarliteratur, die in ihrer Kommentierung auf die bisherige Rechtssprechung zurückgreift, ohne die veränderte Situation nach Inkrafttreten des neuen StG zu beachten<sup>22.</sup>, wird sich insoweit umzustellen haben.

Die Neuregelung der Versuchsbestimmung hat der praxisbezogenen Kommentarliteratur keinen Anlaß gegeben, die Beziehung zwischen Versuchs- und Unrechtslehre zu vertiefen oder neu zu entwickeln. Die Strafrechtswissenschaft hat jedoch diese Frage zumindest aus der Sicht der Unrechtslehre erneut aufgegriffen. Von besonderer Bedeutung sind dabei in den Jahre 1971 und 1972 erschienenen Aufsätze von Platzgummer<sup>23.</sup>, Kienapfel<sup>24.</sup> und Nowakowski<sup>25.</sup>.

21. Vergl. EvBl 69/189, 69/365, 72/153, 72/352, 73/43, SST 40/25, JBl 70/44. Auch Platzgummer JBl 72/246 sieht in einigen dieser Entscheidungen eine Abschwächung der Manifestationslehre.
22. So besonders Mayerhofer-Rieder Das österreichische Strafrecht § 15 Anm. 1 ff.
23. Platzgummer: Die allgemeinen Bestimmungen des Strafgesetzbuchs im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik JBl 71/236
24. Kienapfel: Die gegenwärtige Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich JZ 1972/569
25. Nowakowski: Probleme der Strafrechtsdogmatik (zugleich eine Besprechung von Jeschecks Lehrbuch des Strafrechts) JBl 72/19.

Diese Bedeutung liegt zunächst in der einhelligen Forderung der Autoren, die Ketten zu sprengen, die sich die österreichische Strafrechtsdogmatik durch die kompromißlose Übernahme des Beling'schen Strafrechtssystems selbst angelegt hatte.<sup>26</sup> Sie liegt ferner in der dogmatischen Erfassung des Gefahrbegriffs sowohl innerhalb der Unrechts- als auch der Versuchslehre.

Die subjektive Versuchstheorie hatte in der Reformdiskussion keine Chance, Grundlage der Neufassung der Versuchsbestimmungen zu werden. Umso notwendiger war es, der objektiven Versuchstheorie durch die dogmatische Fundierung des Gefahrbegriffs einen Bezugspunkt zu geben. Daß dabei nicht nur die in Deutschland seit von Liszt und von Hippel bekannten Gedankengänge nachvollzogen wurden, ist vor allem ein Verdienst Nowakowskis, der den Gefahrbegriff unter Einschluß subjektiver Elemente in besonderer Weise pointiert hat und sich dadurch von anderen Autoren abhebt.

Platzgummer zieht aus der Zuordnung des Vorsatzes zum Unrechtstatbestand nicht die Konsequenz, die das Unrecht des Versuchs nach der objektiven Lehre ausmachende Rechtsgutsgefährdung näher auf subjektive "Einschüsse" zu untersuchen.

26. Platzgummer fordert ausdrücklich den Bruch mit dem Konzept Belings und führt aus (JB1 72/238), daß der Vorsatz als "Träger des in der Tat aktualisierten Gesinnungsmerkmals" zwar zum "Schuldsachverhalt", ebenso aber auch zum Unrechts-sachverhalt gehöre. Anders insoweit zwar Kienapfel (JZ 72/575), vergl. aber zur Kritik des Beling'schen Systems in seiner Anwendung auf die Versuchslehre Seite 573. Nowakowski stellt schließlich fest (JB1 72/22): "Das System Belings läßt sich in Wahrheit nicht aufrechterhalten."



Vorsatz und Gefährdung bleiben bei ihm ohne sichtbare Beziehung voneinander getrennt. Der Gefahrbegriff wird lediglich dadurch bestimmt, daß die Beurteilung der Gefahr *ex ante* vorzunehmen sei, wobei dem Gesetzgeber die möglichst exakte Umschreibung des bei der Beurteilung anzuwendenden Tatsachen- und Kausalwissens überlassen bleibt 27.

Auch für Kienapfel stellt sich die Frage nach subjektiven Merkmalen des Gefahrbegriffs jedenfalls nicht hinsichtlich des Vorsatzes, da dieser nicht als Element des Unrechtstatbestandes begriffen wird 28.

Nowakowski untersucht demgegenüber den Gefahrbegriff eingehender und kommt zu folgenden Schlußfolgerungen:

Sein Ausgangspunkt ist die Feststellung, daß sich die Unrechtsdogmatik aus dem Rechtsgutbegriff entwickelt 29.

27. Platzgummer a.a.O. 246

28. Kienapfel a.a.O., Seite 575. Gerade mit Blick auf die Versuchsregelung, die den absolut untauglichen Versuch trotz in ihm enthaltenen subjektiven Unrechtsgehalts verneint, sieht er für das österreichische Strafrecht den "Weg zum System des personalen Unrechts versperrt" a.a.O., Seite 576.

29. Nowakowski JBl 72 /23. Er befindet sich damit in Übereinstimmung mit Kienapfel JZ 72/576.

Mit diesem korrespondiert wiederum der Begriff der Gefährdung als der Bezeichnung, die die Beziehung zwischen deliktischem Verhalten und Rechtsgut umschreibt <sup>30</sup>.

Wann ein Rechtsgut gefährdet wird, kann nun nach Nowakowski jedenfalls nicht immer ohne Kenntnis des Vorsatzes entschieden werden, von dem sich der Täter leiten läßt: <sup>31</sup>.

"Wenn es darum geht, ob ein Handlungsobjekt gefährdet wird, muß die Finalsteuerung der Handlung in die Beurteilungsgrundlagen vernünftigerweise einbezogen werden," führt er deshalb aus, und weiter: "Die Steuerung der Handlung durch den Willen" ist "auch bei einem ausschließlichen am Rechtsgut orientierten Verständnis des Unrechts rechtswidrigkeitserheblich." <sup>32</sup>.

Auch beim strafbaren Versuch kann demnach ein subjektiv mitgeprägter Erfolgsunwert festgestellt werden <sup>33</sup>.

30. Nowakowski JBl 72/23

31. JBl 72/23. Wenn jemand z.B. an einem Gewehr hantiert, hängt die Gefährdung eines in der Nähe befindlichen Menschen weitgehend davon ab, ob der Täter mit Tötungsvorsatz an dem Gewehr hantiert oder nicht. Selbstverständlich schließt diese Feststellung nicht aus, daß in einer Vielzahl von Fällen - nämlich in denen einer fahrlässigen Gefährdung - nicht die akute Finalsteuerung zur Gefährdung beiträgt, sondern vielmehr die fehlende Sorgfalt. Gerade in der Versuchsdogmatik ist jedoch der Hinweis auf das stets vorhandene im Vorsatz liegende Gefährdung- bzw. Unrechtselement zutreffend.

32. JBl 72/23

33. JBl 72/26

Beim untauglichen Versuch fehlt allerdings auch dieser Erfolgsunwert. Es bleibt bei der "wertwidrigen Willenssteuerung", die Nowakowski neben der "Herbeiführung eines rechtlich mißbilligten Risikos" und der "Verwirklichung des Erfolgs" als erste der 3 Unrechtsebenen nennt und für die Feststellung strafbaren Unrechts für ausreichend hält. Diese Auffassung hat indessen bei der Normierung der neuen Versuchsbestimmungen keinen Ausdruck im Gesetz gefunden.

Mit der Herausarbeitung des bei der Beurteilung einer Gefährdung einzunehmenden *ex ante* Standpunkts und der subjektiven Elemente des Gefahrbegriffs ist für die Versuchs- und Unrechtsdogmatik eine der gesetzlichen Regelungen gerecht/werdende systematische Grundlage geschaffen worden, die dem Stand der deutschen Dogmatik zur Begründbarkeit einer objektiven Versuchslehre weitgehend entspricht, in ihrer subjektiven Wendung sogar teilweise über sie hinausführt.

Die gesetzlichen Regelungen zur Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung stehen sich insofern ohnehin nahe, als in der Sache sowohl nach § 22 n.F. StGB als auch nach § 15 Abs. 2 n.F. StG erst mit einer "unmittelbar" vor der Tatausführung liegenden Handlung die Strafbarkeitsgrenze überschritten wird <sup>34.</sup>.

Die auf dem Rechtsguts- und Gefährdungsbegriff aufbauende österreichische Versuchsdogmatik erhält durch dieses Tatbestandsmerkmal der "Unmittelbarkeit" eine weitere Bestätigung, die die Fragenbereiche Strafgrund des Versuchs und Abgrenzung zur straflosen Vorbereitung miteinander einem einheitlichen Gesichtspunkt verbindet.

34. So auch Kienapfel JZ 72/577, Platzgummer JBl 72/246. Die Unterschiede, die sich aus der subjektiven Färbung der deutschen Unrechtsbestimmungen ergeben, bleiben von dieser Feststellung unberührt.

Die mit dem Rücktritt des Versuchs zusammenhängenden Fragen werden dagegen in der österreichischen Strafrechtsliteratur mit den Grundlagen der Versuchsdogmatik nicht in Verbindung gebracht. Gerade auf diesem Gebiet hat dagegen die deutsche Strafrechtslehre neue Ansatzpunkte entwickelt, die nunmehr darzustellen sind.

## 2. Neue Entwicklungen in der deutschen Literatur

---

Die gesetzliche Regelung des Rücktritts vom Versuch stand seit jeher außerhalb der dogmatischen Diskussion zu den unrechtsbezogenen Grundfragen der Versuchslehre. Diese Außenseiterstellung drückt sich darin aus, daß die Erklärungsversuche für die Straffreiheit des Täters bei erfolgreichem Versuchsrücktritt nahezu ausnahmslos kriminalpolitischer Art sind: Die Straflosigkeit wird nicht gewährt, weil der Rücktritt das Unrecht der Tat ausschliesse oder rückwirkend entfallen ließe - die abgeschlossene Unrechtsverwirklichung wird vielmehr stets betont -, sondern sie soll nach Meinung der einen den Täter von seinem gefährlichen Weg weglocken oder nach Meinung der anderen ihm eine Prämie oder einen Gnadenerweis zubilligen.

Die systematische Erfassung dieser "Prämie" wird in einer negativen Abgrenzung dahingehend versucht, daß der Rücktritt weder auf das verwirklichte Unrecht noch auf die Schuld Einfluß haben soll, höchstpersönlich wirkt und an objektive, vom Täter möglicherweise nicht beeinflussbare Voraussetzungen gebunden ist (z.B. Verhinderung des Taterfolgs bzw. Auslösen des eigenen Tatbeitrags bei Tatbeteiligung mehrerer).

Der Begriff "persönlicher Strafausschließungsgrund" oder "persönlicher Strafaufhebungsgrund" der als Zusammenfassung dieser Anforderungen verwandt zu werden pflegt, ist freilich ein Anhängsel des dreistufigen, aus Tatbestandsmäßigkeit, Rechtswidrigkeit und Schuld bestehenden Verbrechensaufbaus und drückt damit nur den Dualismus von Dogmatik und Kriminalpolitik aus.

Dieser Dualismus zwischen Dogmatik und Kriminalpolitik läßt sich nur überwinden, wenn zwischen eigentlicher Versuchstat und Rücktritt eine Verbindung hergestellt wird, die eine einheitliche Betrachtung von Unrecht oder Schuld in dem Gesamtgeschehen zuläßt <sup>35</sup>. Diese Verbindung wird tatsächlich von einigen Autoren versucht.

Bereits im Jahre 1966 hatte Reinhard von Hippel in seiner Untersuchung über den Rücktritt vom Versuch die Auffassung vertreten, daß der Rücktritt vom Versuch den Unrechstatabstand selbst berühre und diese These mit der grundsätzlichen Kritik an einem kategorialen System und dem naturalistischen Handlungsbegriff sowie der Forderung begründet, die Versuchshandlung teleologisch (im Unterschied zur "Tat") als das zu bewertende Gesamtgeschehen zu betrachten <sup>36</sup>.

Trotz der sich aus dieser Lehre nach den Grundsätzen der Akzessorietät bei der Tatbeteiligung mehrerer ergebende Konsequenz der Straffreiheit von Mittätern ist die Auffassung von Hippels jedenfalls in ihrem Ansatzpunkt nicht ohne Anklang geblieben.

35. Eine gleichsam rückbezogene Überprüfung des Tatentschlusses aus der Sicht des Rücktritts im Sinne der sog. Infirmitätstheorie wird allgemein abgelehnt.
36. Reinhard von Hippel Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch, Seite 62 ff., 65 f., 68, 72 ff.



Es hat vielmehr den Anschein, als sei eine neue Periode der teleologisch orientierten "Ganzheitsbetrachtung" angebrochen, die freilich im Unterschied zu ähnlichen Theorien in den zwanziger Jahren nicht von philosophischen, sondern von soziologischen oder sozialpolitischen Leitvorstellungen bestimmt wird <sup>36a.</sup>

Lang-Hinrichsen hat unter diesen Vorzeichen der einheitlichen Betrachtungsweise den Begriff der "Tat" untersucht <sup>37.</sup> Er hat ihn nicht der Tatbestands-, Rechtswidrigkeits- oder Schuldebene, sondern dem kriminalpolitischen Begriff der "Strafwürdigkeit" zugeordnet und als "Gesamtat" bei wert einheitlicher Betrachtung" erfaßt <sup>38.</sup>

Beim Versuch wird dieser Tatbegriff auf den Rücktritt oder die tätige Reue erstreckt. Dieses einheitliche "Wertgebilde" hat den Beurteilungsgegenstand für den Gesetzgeber bei der Entscheidung über die Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit abzugeben <sup>39.</sup>, wobei sich freilich die Frage, was "Tat" ist, verschieden für Täter und Teilnehmer beantworten soll <sup>40.</sup>, so daß der Rücktritt seinen Charakter als persönlich wirkendes Privileg des Zurücktretenden behält.

36a. Zum Unterschied der teleologischen Ansätze: Roxin Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Auflage, Seite 12: "Die wertbeziehende Methodologie des Neukantianismus,....hätte von der normativen Seite her zu einem ganz neuen "Bild des Strafrechtssystems" führen können, wenn man als Kriterium, auf das alle dogmatischen Erscheinungen zu beziehen gewesen wären, kriminalpolitische Leitentscheidungen gewählt hätte."

37. Lang-Hinrichsen: Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht (Festschrift für Engisch, Seite 353 ff.)

38. Lang-Hinrichsen a.a.O., Seite 374

39. Lang-Hinrichsen a.a.O., Seite 372

40. Lang-Hinrichsen a.a.O., Seite 376; gefordert wird eine sog. "Doppelwertung".

Von Scheurl kommt zu ähnlichen Ergebnissen ohne auf die "Doppelwertung" Lang-Hinrichsens zurückgreifen zu wollen.

In Übereinstimmung mit von Hippel schreibt er dem Rücktritt Einfluß auf den Unrechtstatbestand des Versuchs zu <sup>41</sup>. und begründet dies in der Sache ebenfalls damit, daß bei einem Rücktritt keine "Rechtsfriedensstörung" eintrete <sup>42</sup>. Diese aber sei gerade der Gesichtspunkt, unter dem sich die Unrechtselemente des Handlungs- und Erfolgsunwertes zusammenfassen/ließen. Mit der fehlenden Rechtsfriedensstörung müsse nach Scheurl also auch der Unrechtstatbestand entfallen. Der Rücktritt wird damit (ebenso wie nach der Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen die Rechtsfertigungsgründe) zu einem negativen Merkmal des Unrechtstatbestands <sup>43</sup>.

Allerdings soll der Rücktritt den Unrechtstatbestand nicht völlig entfallen lassen, weswegen von einem negativen Tatbestandsmerkmal eigentlich nicht gesprochen werden dürfte. Vielmehr soll der Rücktritt das Unrecht nur auf ein für den Täter unschädliches Maß reduzieren. "Das Urteil der Rechtswidrigkeit" soll auch beim Rücktritt "bestehen" bleiben und für jeden Teilnehmer an der Tat gesondert geprüft werden <sup>44</sup>, so daß die Strafbarkeit des nicht zurücktretenden Teilnehmers erhalten bleibt.

Unter dem Gesichtspunkt der Akzessorietät ist dies jedoch nicht konsequent, denn wenn der Rücktritt das Unrecht ermäßigt, ist nicht einzusehen, warum diese Ermäßigung für Täter und Teilnehmer verschieden beurteilt werden soll.

41. von Scheurl: Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer, Seite 30 ff.

42. von Scheurl a.a.O., Seite 28

43. von Scheurl a.a.O., Seite 28

44. von Scheurl a.a.O., Seite 39

Wenn sich die Ermäßigung für den einen in Straffreiheit auswirkt, müßte dies für den anderen auch gelten. Ohne die von Lang-Hinrichsen vorgeschlagene "Doppelwertung" der Gesamttat, die eine Tat in zwei Unrechtsachverhalte aufspaltet, läßt sich daher die Strafbarkeit des Mittäters nicht begründen.

Ebenso wie von Hippel und Lang-Hinrichsen hat auch von Scheurl seine Thesen von kriminalpolitischen Grundbegriffen abgeleitet und als solchen Grundbegriff die "Rechtsfriedensstörung" genannt. Das Verhältnis zu dem dogmatischen Begriff des Handlungs- und Erfolgsunwerts hat er dabei offensichtlich in der Weise verstanden, daß diese sich auf jenen aufbauen, und ihn gleichsam von verschiedenen Seiten her definieren.

Diese Abhängigkeit dogmatischer Begriffe von kriminalpolitischen Grundentscheidungen ist vorhanden. In welchem Verhältnis allerdings Dogmatik und Kriminalpolitik stehen, ist mit dieser prinzipiellen Rückbeziehung des strafrechtlichen Begriffsapparats auf Wertentscheidungen nicht beantwortet.

Nahe liegt der Versuch, bei der Rückbeziehung der Strafrechtsdogmatik auf kriminalpolitische Vorstellungen zwischen den strafrechtlichen Tatbeständen einerseits und dem Bereich von Unrecht und Versuch andererseits zu trennen und lediglich letzteren als eigentlichen Wertungsbereich mit Blick auf kriminalpolitische Forderungen zu definieren, während die Tatbestände ihre rechtsstaatliche Garantiefunktion behalten und somit die "unübersteigbare Schranke der Kriminalpolitik"<sup>45</sup> bleiben.

45. von Liszt: Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge 2. Band (1905) Seite 80

Roxin argumentiert in dieser Richtung. Er fordert die Deliktskategorien "unter dem Blickwinkel ihrer kriminalpolitischen Funktion zu sehen, zu entfalten und systematisieren" <sup>46</sup>. und sieht die Funktion des Tatbestandes in der Gewährleistung der Gesetzesbestimmtheit, definiert die Rechtswidrigkeit als den "Bereich sozialer Konfliktlösung" und interpretiert den Begriff der Schuld als Strafbedürftigkeit "bei irregulären persönlichkeits- oder situationsbedingten Umständen" unter Berücksichtigung der Strafzwecklehre <sup>47</sup>.

Ausgehend von dieser Einteilung stellt Roxin die Verbindung zur Versuchsdogmatik her, die sich damit wiederum als Prüffeld grundsätzlicher Thesen erweist.

Roxin versteht den Rücktritt im Gegensatz zu von Hippel und von Scheurl allerdings nicht als Unrechtsausschließungs-, sondern als Schuldaußschließungsgrund <sup>48</sup>. Damit scheint Roxin an Schönke-Schröder anzuknüpfen <sup>49</sup>, wo der Rücktritt als "Schulddtilgungsgrund" behandelt wird, tatsächlich geht Roxin jedoch insoweit über Schönke-Schröder hinaus, als er Versuch und Rücktritt als einheitliches Geschehen betrachtet, über das das Schuldurteil zu fällen ist, während Schönke-Schröder an der Trennung von Versuch und Rücktritt als selbstständig zu beurteilender Wertgegenstände festhält.

46. Roxin Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Auflage, Seite 15

47. Roxin a.a.O., Seite 15

48. Roxin a.a.O., Seite 35, derselbe in Festschrift für Heinitz, Seite 273, ihm folgend Rudolphi ZStW 85/120 ff.

49. Schönke-Schröder § 46 Rd.Nr. 2,38

Für die angestrebte Verbindung von Dogmatik und Kriminalpolitik ist die ganzheitliche Betrachtungsweise von Versuch und Rücktritt gerade wesentlich, denn erst die vollständige Einbeziehung eines traditionellen kriminalpolitischen Begriffs wie des Rücktritts in den dogmatischen Versuchsaufbau - gleichgültig ob in den Bereich des Unrechts oder in den der Schuld - schafft die erstrebte Wechselbeziehung von Dogmatik und Kriminalpolitik<sup>50</sup>. und bildet den Ausgangspunkt für weitere Schlußfolgerungen zu den an die Freiwilligkeit des Versuchsrücktritts zu stellenden Anforderungen<sup>51</sup>.

Diese Hinwendung zur Kriminalpolitik soll nach Roxin die Suche nach sachgerechten Lösungen erleichtern und durch die Gewinnung einheitlicher Wertgesichtspunkte eine Synthese rechtlicher Gebundenheit und kriminalpolitischer Zweckmäßigkeit ermöglichen<sup>52</sup>. Die damit verbundene Hoffnung auf das "widerspruchsfreie Zusammenspiel" kriminalpolitischer Wertentscheidungen ist auf ein Strafrechtssystem gerichtet, das "hinter den Leistungen des formal-positivistischen Systems Liszt'scher Provenienz nicht zurückstehen" braucht.<sup>53</sup>

Ob diese Hoffnung auf eine Synthese von Kriminalpolitik und Dogmatik berechtigt ist, erscheint zweifelhaft.

50. Eine ähnliche Wechselbeziehung läßt sich auch bei der unechten Realkonkurrenz und in den Fällen herstellen, in denen es um die Strafbarkeit von tatbestandsmäßigem Verhalten in provozierten Notwehrsituationen handelt.
51. Roxin vertritt die Auffassung, daß die Rücktrittsgründe an den Maßstäben des "Verbrecherhandwerks" zu messen und jeweils dann als freiwillig anzusehen seien, wenn sie unter diesem Gesichtspunkt als unvernünftig erscheinen. Vergl. ZStW 77 (65)/96 ff., Festschrift für Heintz, Seite 257 ff. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Auflage, Seite 37
52. Roxin Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Auflagen, Seite 10
53. Roxin a.a.O., Seite 10



Zunächst ist fraglich, ob sich kriminalpolitische Entscheidungen wie insbesondere die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts überhaupt eindeutig in dogmatische Verbrechenssysteme einfügen lassen.

Abgesehen von der Kollision der ganzheitlichen Betrachtungsweise mit dem Begriff der Tat, die bei jedem Versuch der dogmatischen Einbeziehung des Rücktritts in den dreistufigen Verbrensaufbau unvermeidlich ist, bleibt die dogmatische Einordnung als solche problematisch. Die voneinander abweichenden Vorschläge zur dogmatischen Erfassung des Rücktritts im Bereich der Rechtswidrigkeit oder der Schuld zeigen dies bereits zur Genüge.

Zwar fußt jeder kriminalpolitischer Ansatz letzten Endes auf der Strafzwecklehre<sup>54.</sup>, die ihrerseits - zumindest hinsichtlich der strafbegrenzenden Funktion - an dem Begriff der Schuld anknüpft, so daß es nahezuliegen scheint, kriminalpolitische Begriffe auf der Ebene der Schuld in die Dogmatik einzuführen, der dogmatische Begriff der Schuld ist jedoch mit dem Schuldbegriff keineswegs identisch, an dem sich die Strafzwecke auszurichten haben.

Während ersterer grundsätzlich als Umschreibung einer Strafbarkeitsvoraussetzung in dem Sinne gebraucht wird, daß unter seiner Verwendung die Frage nach dem "ob" der Strafbarkeit tatbestandsmäßigen und rechtswidrigen Verhaltens gestellt und mit Ja oder Nein beantwortet wird, korrespondiert letzterer mit dem Begriff der Strafwürdigkeit eines Verhaltens und fordert damit ein von vielerlei Kriterien abhängiges, abgestuftes "Schuld"-Urteil, das gerade wegen seiner Differenziertheit in ein dogmatisches System nicht integrierbar ist, mit dem zunächst die Frage der Strafbarkeit als solche angegangen wird.

54. Lang-Hinrichsen beruft sich für die von ihm vertretene Lehre vom Tatgeschehen als einheitlichem "Wertgebilde" ausdrücklich auf die Begriffe der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit und damit auf die Strafzwecklehre - Festschrift für Engisch Seite 371 ff.

Hiernach erscheint es überhaupt unzulässig, aus der Verwendung des kriminalpolitisch geprägten Schuldbegriffs dogmatische Schlußfolgerungen zur Einordnung des Rücktritts vom Versuch im Verbrechensaufbau zu ziehen. Zudem läßt sich das Erfolgserfordernis als Voraussetzung für die strafbereiende Wirkung des Rücktritts schlecht mit dem Schuldbegriff als Ausdruck der individuellen Verantwortlichkeit des Täters für die Tat in Einklang bringen <sup>55.</sup> Gleiches gilt für die Einordnung des (fehlenden) Rücktritts in den Bereich der Rechtswidrigkeit.

Diese Feststellung führt zu einem prinzipiellen Einwand:

Wie ausgeführt wird von der Einführung kriminalpolitischer Begriffe als Ausdruck rechtspolitischer Grundentscheidungen in die Strafrechtsdogmatik außer "sachgerechten" Ergebnissen vor allem die Ausschaltung systemimmanenter Widersprüche und damit die Beseitigung von Gefahren für die Rechtssicherheit erwartet. Dem liegt die Vorstellung zugrunde, daß die kriminalpolitischen Grundentscheidungen ihrerseits widerspruchsfrei seien.

55. Vergl. zu diesem Problem (wenn auch mit einer Reihe von Beispielsfällen, die als Versuch interpretiert werden, richtigerweise aber als Fälle unwesentlichen Abweichens vom vorgestellten Kausalverlauf und damit als vollendete Delikte anzusehen sind): Munoz-Conde GA 73/33 ff. Derselbe lehnt übrigens in ZStW 84 (72)/756 ff. die Definition des Rücktritts als negatives Tatbestandsmerkmal und als Schuldtilgungs- oder Ausschließungsgrund ab (Seite 768 und 772 f.) und fordert den Begriff der Strafbedürftigkeit als kriminalpolitischen Begriff in den Verbrechensaufbau einzufügen.

Diese Vorstellung erinnert an die Erwartung, aus juristischen Basisbegriffen bei folgerichtigem Voranschreiten ein in sich widerspruchsfreies Begriffssystem ableiten zu können. Ebenso wenig wie diese "Begriffsjurisprudenz" kann indessen die Rückbesinnung auf kriminalpolitische Grundentscheidungen die Einheitlichkeit eines Systems verbürgen, da die Konkretisierungen dieser Grundentscheidungen nicht notwendigerweise widerspruchsfrei ausfallen. Das Bekenntnis zum Schuldgrundsatz als derartige Grundentscheidung steht etwa zur fakultativen Strafmilderung beim Versuch in Widerspruch <sup>56.</sup>, ebenso zur Strafflosigkeit bestimmter Vergehensversuche <sup>57.</sup> und - unter umgekehrten Vorzeichen - auch zum Erfordernis der Erfolgsabwendung für die strafbefreiende Wirkung des Rücktritts, da der Erfolgseintritt unter Schuldgesichtspunkten keine Rolle spielen dürfte. Die Einbeziehung kriminalpolitischer Vorstellungen in den dogmatischen Bereich der Schuld muß diesen deshalb zwangsläufig mit Spannungen belasten, die sich aus den verschiedenen kriminalpolitischen Zielsetzungen ergeben.

Daß die Hoffnung auf Vereinheitlichung des dogmatischen Systems durch die Verkopplung mit kriminalpolitischen Vorstellungen unerfüllt bleiben muß, zwingt erneut die Frage zu stellen, ob die Rechtssicherheit, denen ein dogmatisches System zu dienen hat, durch seine Relativierung auf die Kriminalpolitik hin nicht gefährdet wird.

Zunächst scheint mir diese Gefahr nicht durch den Hinweis Roxins ausgeräumt zu werden, daß die Garantiefunktion der Tatbestände unberührt bleibe <sup>58.</sup>, denn die Tatbestände lassen sich nicht als rein deskriptive Elemente des Verbrechensaufbaus verstehen.

56. Vergl. Bockelmann AT Seite 10, der auf weitere Abweichungen des Gesetzgebers vom Schuldgrundsatz hinweist.

57. Vergl. Bockelmann AT Seite 193

58. Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2. Auflage, Seite 15

Sie enthalten vielmehr normative Elemente und haben eine auf das Rechtswidrigkeits- und Schuldurteil bezogene indizierende Funktion. Sie sind Unrechts- und Schuldtatbestände. Die kriminalpolitische Bestimmung des Rechtswidrigkeits- und Schuldbegriffs wirkt sich daher zwangsläufig auch auf die Tatbestände aus. Eine Rückkehr zum Beling'schen Verbrechenssystem kann gerade unter dem Vorzeichen kriminalpolitisch werdender Systematisierung des Strafrechts nicht ernsthaft in Betracht gezogen werden.

Wird die Abhängigkeit der Dogmatik von der Kriminalpolitik grundsätzlich bejaht, können auch die Tatbestände dem Einfluß kriminalpolitischer Wertungen nicht entzogen werden. Die kriminalpolitische Wertung ihrerseits ist trotz der betonten Abhängigkeit von Erkenntnissen der Sozialwissenschaften inhaltlich weitgehend unbestimmt, soweit sich überhaupt gemeinsame Überzeugungen von der zweckmäßigen Ausgestaltung des Strafrechts feststellen lassen. Ihr Inhalt wird zumeist in der Antwort auf die Frage der Strafwürdigkeit und der Strafbedürftigkeit gesucht.

Soweit diese Fragen auch auf dem Feld der Dogmatik gestellt werden, führt das zur Verschmelzung der vorgenannten Begriffe mit dem der Strafrechtswidrigkeit. Der dogmatische Rechtswidrigkeitsbegriff verliert damit seine Konturen, da mancherlei strafwürdig, nicht aber rechtswidrig im dogmatischen Sinne ist.

Sobald aber die Feststellung der Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit die Feststellung der tatbestandlich typisierten Rechtswidrigkeit ersetzt, verliert die Dogmatik ihre Garantiefunktion, die eben nicht auf die Unterscheidung von Recht und Unrecht, sondern auf die Unterscheidung von strafrechtlich relevantem Unrecht und irrelevantem Verhalten abzielt.

Die Berechtigung dieser grundsätzlichen Bedenken gegen die Einbeziehung kriminalpolitischer Vorstellungen in die strafrechtliche Systematik zeigt sich in der Versuchsdogmatik bei der Rücktrittsproblematik ganz besonders deutlich.

Die Schlußfolgerung, die Roxin aus der Einbeziehung kriminalpolitischer Erwägungen in die Versuchsdogmatik zieht, besteht beim Rücktritt vom Versuch in der Neubestimmung des Freiwilligkeitsbegriffs. Roxin wendet sich gegen die seiner Ansicht nach fruchtlosen psychologisierenden und teilweise moralisierenden Abgrenzungsbemühungen mit dem Argument, daß gerade der Täter, der infolge psychisch bedingter Lähmung von der Tatausführung ablasse, in der Regel eine geringere Gefährlichkeit offenbart, als der, der seinen Tatplan aus kühlen Kalkül aufgibt.

Unter spezialpreventiven Gesichtspunkten ist diese Auffassung wegen der meist günstigen Zukunftsprognose für die erstgenannte Tätergruppe kriminalpolitisch sicher vertretbar und es sprechen gute Gründe dafür, die Rücktrittsvorschriften so zu gestalten, daß die Straffreiheit nur beim Abweichen des Täters von den fiktiven Regeln des Verbrechenshandwerks zugebilligt wird.

Das geltende Recht hält indessen an dem Erfordernis der Freiwilligkeit fest, obwohl dieses Kriterium kriminalpolitisch völlig irrelevant und hiernach als Maßstab zur Trennung von strafbarem und straflosem Verhalten ungeeignet sein mag. Möglicherweise bleibt das geltende Recht damit hinter den besseren Erkenntnissen zurück, die den kriminalpolitischen Forderungen Roxins zugrundeliegen.



Ob jedoch die Strafbarkeitsgrenze allein gestützt auf diese Erkenntnisse auch in den Bereich des freiwilligen Rücktritts vorgeschoben werden darf, ist mindestens fraglich. Diese Verschiebung der Strafbarkeitsgrenze ist indessen die Konsequenz der von Roxin vertretenen Auffassung, da der Rücktritt eines kühl kalkulierenden Täters gerade am ehesten den an die Freiwilligkeit seines Handelns gestellten Anforderungen genügt.

Roxin erkennt wohl, daß der Satz "nulla poena sine lege" auch auf dem Gebiet der Schuldmerkmale "nicht außer Kraft gesetzt werden" darf <sup>59.</sup>, er glaubt aber, eine unzulässige Analogie zu Ungunsten des Täters mit dem Hinweis darauf verneinen zu können, daß der vorgenannte Grundsatz "keine systembildende Kraft" habe <sup>60.</sup>.

Dieser abstrakte Hinweis löst indessen nicht das mit der Verschiebung der Strafbarkeitsgrenze verbundene Problem, denn gerade bei der Einordnung des Rücktritts in den Bereich der Schuld kollidiert die kriminalpolitische Forderung mit dem Satz "nulla poena sine culpa".

Entsprechendes würde für die Einordnung der Rücktrittsregelung in den Bereich der Rechtswidrigkeit gelten.

Mit anderen Worten verbaut gerade die Verknüpfung von Kriminalpolitik und Dogmatik die gewünschte Anwendung von außerdogmatischen Erkenntnissen und fördert eher durch die Verwischung klar abgegrenzter Begriffe die Rechtsunsicherheit als sie der angestrebten Vereinheitlichung der dogmatischen Grundlage dient.

59. Roxin a.a.O., Seite 39

60. Roxin a.a.O., Seite 39

Soweit bei der Gesetzesinterpretation- und anwendung überhaupt neben der dogmatischen Systematisierung Raum für kriminalpolitische Wertungen bleibt, scheint es danach sachgerechter, diesen Wertungen einen besonderen Platz im Verbrechensaufbau - etwa den der "Strafaufhebungsgründe" - zuzuweisen <sup>61.</sup>

Damit verbleibt es bei der schon zu §46 StGB a.F. überwiegend vertretenen Systematik, die auch in den jüngsten Darstellungen zu § 24 StGB n.F. bekräftigt wird <sup>62.</sup>

Der Stand der Entwicklung kann somit nach Inkrafttreten des neuen allgemeinen Teils des StGB wie folgt skizziert werden: Das Unrecht des Versuchs liegt im betätigten deliktischen Willen, also im Handlungsunwert. Ein Erfolgsunwert braucht nicht gegeben zu sein. Theorien, nach denen ein Erfolgsunwert in Gestalt einer Rechtsgutsgefährdung erforderlich sei oder das Vorliegen einer Gefährdung als notwendiger Bestandteil des Handlungsunwerts verstanden müsse <sup>63.</sup>, haben sich nicht durchgesetzt.

Die Strafbarkeitsgrenze beim Versuch wird durch unmittelbares Ansetzen zur Tatausführung, spätestens mit der Vornahme einer tatbestandlich umschriebenen Ausführungshandlung überschritten. Maßgebend bei der Abgrenzung ist der Tatplan.

Der freiwillige Rücktritt vom Versuch ist ein persönlicher Strafaufhebungsgrund. Eine im Vordingen begriffene Auffassung, die den Rücktritt als negatives Merkmal des Unrechtstatbestands, als Unrechtsausschließungsgrund oder als Schuldasschließungsgrund begreift, wird von der gesetzlichen Regelung nicht gestützt und ist in den Konsequenzen noch nicht ausdiskutiert.

61. So Munoz-Conde ZStW 84 (1972)/777

62. Vergl. Bockelmann AT, Seite 32, Wessel AT, Seite 113, auch Naucke-Strafrecht, Seite 230

63. In diesem Sinne Ruddphi in Festschrift für Maurach, Seite 73

Dieser Entwicklungsstand hat zu einer weitgehenden Annäherung der gesetzlichen Versuchsregelung in Deutschland und in der Schweiz geführt. Dies gilt besonders hinsichtlich der Möglichkeit zur Strafmilderung bei absolut untauglichen Versuchen, die die starke Öffnung der Dogmatik zur Kriminalpolitik hin auch bei der Rechtsanwendung dokumentiert. Grundsätzliche Unterschiede bestehen in der Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung, bei der nach deutscher Auffassung stärker auf die objektive Nähe zur Tatausführung abzustellen ist.

Von der österreichischen Versuchsregelung unterscheidet sich die deutsche wesentlich durch die prinzipielle Strafbarkeit auch des absolut untauglichen Versuchs (mit Ausnahme des irrealen Versuchs). Die Abgrenzungsformeln ähneln sich dagegen, sofern die Unterschiede unberücksichtigt bleiben, die sich aus der Strafflosigkeit des absolut untauglichen Versuchs in Österreich zwangsläufig ergeben.

Auf dieser dogmatisch weitgehend geklärten Grundlage werden in Deutschland gegenwärtig überwiegend Detailprobleme der Versuchsdogmatik - insbesondere des versuchten Unterlassungsdelikts, und der Versuchsbeendigung - in Angriff genommen <sup>64</sup>. Neue Ansätze zu Definition des im Versuch liegenden Unrechts sind dabei naturgemäß nicht festzustellen.

64. Vergl. z.B.: Otto: Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt GA 67/144; Hruschka: Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeendeten Versuch JZ 1969/495; Geilen: Zur Abgrenzung von unbeendetem und beendetem Versuch JZ 1972/335; Herzberg: Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt MDR 1973/89; Roxin: Der Anfang des beendeteten Versuchs. Zugleich ein Beitrag zur Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch bei den unechten Unterlassungsdelikten Maurach-Festschrift Seite 123 ff; Roxin: Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in Festschrift für Ernst Heinitz, 1972 Seite 251 ff.

# LITERATURVERZEICHNIS

- Altman-Jacob :** Kommentar zum Österreichischen Strafrecht  
Bd I (1928), Bd II (1930)
- Arzt:** Zur Erfolgsabwendung beim Rücktritt vom  
Versuch GA 1964/1
- Arzt:** Bedingter Entschluß und Vorbereitungs-  
handlung JZ 1969/54
- von Bar:** Zur Lehre vom Versuch und Teilnahme am  
Verbrechen 1859 S. 1 - 142
- von Bari:** Gesetz und Schuld Bd II (1907) Bd III (1909)
- Baumann:** Das Umkehrverhältnis zwischen Versuch und  
Irrtum im Strafrecht NJW 1962/16
- Baumann:** Eine Auseinandersetzung zum allgemeinen Teil  
eines künftigen StGB GA 1967/193
- Baumann:** Strafrecht, Allg. Teil 5. Aufl. 1968, 7. Aufl. 1975
- Baumgarten:** Die Lehre vom Versuch der Verbrechen 1888
- Baumgarten:** Aufbau der Verbrechenslehre 1913
- Beling:** Lehre vom Verbrechen 1906
- Beling:** Lehre vom Tatbestand 1930
- Bierling:** Juristische Prinzipienlehre Bd III 1905
- Binding:** Handbuch des Strafrechts Bd 1 1885
- Binding:** Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts  
Bes. Teil 1. Bd 2. Aufl. 1902
- Binding:** Das bedingte Verbrechen GS 68 (1906)/1
- Binding:** Die Normen und ihre Übertretung Bd I 3. Aufl. 1916  
Bd II 2. Aufl. 1914
- Binding:** Der umgekehrte Irrtum GS 85 (1917)/137
- Bindokat:** Zur Frage des doppelten Irrtums NJW 1963/745
- Birnbaum:** Über das Erfordernis einer Rechtsverletzung  
zum Begriff des Verbrechens N. Arch. f. Crim. R. 15  
(1834) 149
- Bookermann:** Studien zum Täterstrafrecht 1. Teil 1939  
2. Teil 1940 (in: Abh. d. Krim. Inst. an der Uni.  
Berlin 4. Folge 4. Bd 4. Heft)
- Bookermann:** Tatstraße und Täterstraße, insbesondere im  
Kriegsstrafrecht. Berichterstattung über die  
Aussprache bei der Tagung der Arbeitsgemein-  
schaft der deutschen Strafrechtslehrer am  
6. u. 7. Sept. 1940 in Weimar ZStW 60 (1941)/417

- Bockelmann :** Anmerkung zu RGSt 75/393 in: DR 1942/432
- Bockelmann :** Der Unrechtsgehalt des Betruges (in: Festschrift f. Kohlrausch S.226) 1944
- Bockelmann :** Zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch JZ 1954/468, ferner in: Strafrechtliche Untersuchungen (S. 135) 1957
- Bockelmann :** Wie würde sich ein konsequentes Täterstrafrecht auf ein neues Strafgesetzbuch auswirken? in: Materialien zur Strafrechtsreform 1.Bd (S.29)1954 ferner in: Strafrechtliche Untersuchungen (S.3) 1957
- Bockelmann :** Die jüngste Rechtsprechung des BGH zur Abgrenzung der Vorbereitung vom Versuch JZ 1955/193
- Bockelmann :** Wann ist der Rücktritt vom Versuch freiwillig NJW 1965/1417 ferner in: Strafrechtliche Untersuchungen (S.171) 1957
- Bockelmann :** Zur Reform des Versuchsstrafrechts in: Niederschriften über die Sitzungen der großen Strafrechtsreform Bd II 171 ferner in: Strafrechtliche Untersuchungen (S.150) 1957
- Bockelmann :** Strafrecht Allg. Teil München 1973
- Börker:** Die Milderung der Strafe für den Versuch JZ 1956/477
- Braun:** Die Bedeutung der subjektiven Unrechtselemente für das System eines Willensstrafrechts 1936 (Leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 97)
- Broda:** Der allgemeine Teil des Strafgesetzentwurfs nach der zweiten Lesung der Strafrechtskommission ÖJZ 1962/96 = JBl 1962/85
- Broda:** Einige Probleme der österreichischen Strafrechtsreform ÖJZ 1964/281
- Bruns:** Deruntaugliche Täter im Strafrecht 1955
- Burgstaller:** über den Verbrechenversuch JBl 1909/521
- v. Buri:** Abhandlungen aus dem Strafrecht 1862
- v. Buri:** Zur Lehre vom Versuche GS 19(1867)/59
- v. Buri:** Der Versuch des Verbrechens mit untauglichen Mitteln oder an einem untauglichen Object GS 20 (1868)/325
- v. Buri:** Über das Wesen des Versuches GA 25(1877)/265
- v. Buri:** Versuch und Causalität GS 32 (1880)/321
- v. Buri:** Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen ZStW 1 (1881) 185
- v. Buri:** Über den Begriff der Gefahr und seine Anwendung auf den Versuch GS 40 (1888)/503



- v.Buri:** Gefahr und Versuch in der zweiten Auflage des ersten Bandes der Normen GS 44 (1891)/321
- Busch:** Moderne Wandlungen der Verbrechenslehre 1949
- Cerezo:** Der finale Handlungsbegriff als Grundlage des Strafrechtssystems ZStW 71 (1959)/136
- Class:** Grenzen des Tatbestandes 1933
- Clere-Steck:** Grundzüge des schweizerischen Strafrechts Allg. Teil 1943
- Coester:** Die Vorbereitungshandlung im Entwurf eines allgemeinen deutschen Strafgesetzbuches von 1927 Strafr. Abh. Bd 329(1933)
- Coester:** Willensstrafrecht? Schw ZStrR 50(1936)/173
- Cohn:** Zur Lehre von versuchten und vollendeten Verbrechen 1880
- Cohn:** Die den untauglichen Versuch betreffende Plenarentscheidung des RG GA 28 (1880)/361
- Dahm:** Verbrechen und Tatbestand (in Grundfragen der neuen Rechtswissenschaft) 1935
- Dahm:** Der Tätertyp im Strafrecht (in leipziger rechtswissenschaftliche Studien Heft 124 - Festschrift für Siber S. 183) 1941
- Darms:** Das Problem des untauglichen Versuchs im geltenden Strafrecht Deutschlands, Österreichs und der Schweiz unter Berücksichtigung der modernen Strafgesetzentwürfe (Bulletin 1936 Nr. 3)
- Delaquis:** Der untaugliche Versuch (Abh. des kriminalistischen Seminars Berlin N.F. Bd III) 1904
- Delaquis:** Der schweizerische Strafgesetzentwurf in der vergleichenden Darstellung des deutschen und ausländischen Rechts Schw ZStr R 20(1907)/105, 260; 21 (1908)/60, 435; 22(1909)/49, 157
- Dicke:** Zur Problematik des untauglichen Versuchs Jus 1968/157
- zu Dohna:** Die Rechtswidrigkeit als allgemeingültigen Merkmal im Tatbestande rechtswidriger Handlungen 1905
- zu Dohna:** Zur Systematik der Lehre vom Verbrechen ZStW 27 (1907) 329
- zu Dohna:** Der Mangel am Tatbestand (in Festgabe für Güterbock S. 35) 1910

- zu Dohna: Versuch (in Aschrott-Kohlrausch: Reform des Strafrechts 1926/95
- zu Dohna: Kritische Bemerkungen zu Robert v. Hippel Deutsches Strafrecht 2. Bd ZStW 51(1931)/611
- zu Dohna: Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezgers Strafrecht ZStW 52 (1932)/96
- zu Dohna: Der Subjektivismus in der Lehre von der Rechtswidrigkeit MonSchr.krim.Psych.25 (1934), 177
- zu Dohna: Aufbau der Verbrechenslehre 1.Aufl.1936 3.Aufl. 1947
- zu Dohna: Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch im Lichte der Judikatur des RG ZStW 59 (1940)/541
- Dreher: Was bedeutet Milderung der Strafe für den Versuch? JZ 1956/32
- Dreher: Strafgesetzbuch 35.Aufl.1975
- Eisenmann: Grenzen des strafbaren Versuchs ZStW 13 (1893)/454
- Engisch: Untersuchungen über Vorsatz und Fahrlässigkeit im Strafrecht 1930
- Engisch: Die Kausalität als Merkmal der strafrechtlichen Tatbestände 1931
- Engisch: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken Mon Sch.krim.Psych.29 (1938)/133
- Engisch: Der finale Handlungsbegriff (in: Festschrift für Ed.Kohlrausch "Probleme der Strafrechts-erneuerung" S.141)1944
- Engisch: Die normativen Tatbestandselemente im Strafrecht (in Festschrift für Mezger S.127)1954
- Engisch: Bietet die Entwicklung der dogmatischen Strafrechtswissenschaft seit 1930 Veranlassung, in der Reform des allgemeinen Teils des Strafrechts neue Wege zu gehen ZStW 66 (1954)/339
- Engisch: Bemerkungen zu Theodor Rittlers Kritik der Lehre von den subjektiven Tatbestands- und Unrechtselementen (in Festschrift für Rittler S.165)1957
- Engisch: Der Unrechtstatbestand im Strafrecht (Festschrift des DJT Ed I S.433)1960
- Esser: Die Bedeutung des Schuldteilnahmebegriffs GA 1958/321
- v.Ferneck: Die Rechtswidrigkeit Bd.I 1903 Bd.II 1905

- v.Ferneck: Der Versuch 1922
- Feuerbach: Lehrbuch des in Deutschland geltenden peinlichen Rechts 1.Aufl.1801 11.Aufl.1832,Auflage von 1836, besorgt von Mittermaier
- Feuerbach: Kritik des Kleinschrodtschen Entwurfs zu einem peinlichen Gesetzbuche für die Chur-Pfalz-Bayerischen Stanten 1804
- Fiedler: Vorhaben und Versuch im Strafrecht 1967
- Finger: Rechtsgut oder rechtlich geschütztes Interesse, zur Lehre vom Objekt des Verbrechens GS 40(1888)/139
- Finger: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1904
- Finger: Der Versuch und der Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch (in Festschrift für Binding Bd.I S.257)1911
- Finger: Das Strafrecht 1.Bd 3.Aufl.1912
- Finger: Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Tatbestand und der Rechtswidrigkeit GS 97(1928)/383
- Finger: Begriff der Gefahr und Gemeingefahr im Strafrecht (in : Festgabe für Frank Bd.I S.230) 1930
- Fischer, H.A.: Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrechts 1911
- Forregger-Serini: Das österreichische Strafgesetz 2.Aufl.1966
- Foth: Neuere Kontroversen um den Begriff des Wohnverbrechens JR 1965/366
- Frank: Über den Aufbau des Schuldbegriffs (in Giese-ners Festschrift S.3)1907
- Frank: Vollendung und Versuch (in: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allg.Teil Bd V S.163)1908 "Frank VD"
- Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich 18.Aufl. 1931
- Franzius: Versuch und Vorbereitungshandlungen (in:Materialien zur Strafrechtsreform Bd II ,1 S.309) 1954
- Frauwallner: Der Versuch im Schweizer Strafrecht JdL.1952/369

- Freisler-Lutgermann:** Grundzüge eines Allg.Deutschen Strafrechts 1934
- Freisler:** Willensstrafrecht -Versuch und Vollendung (in: Das kommende deutsche Strafrecht, hrsg. von Gürtner Allg.Teil 2.Aufl.)1935
- Furtner:** Rechtliche Vollendung und tatsächliche Beendigung bei einer Straftat JR 1966/169
- Gallas:** Besprechung von "Die Rechtswidrigkeit des Versuchs" v.Gemmingen ZStW 54 (1955)281
- Gallas:** Zur Kritik der Lehre vom Verbrechen als Rechtsgutsverletzung (in Festschrift für Gleispach S.50)1936
- Gallas:** Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegsrecht ZStW 60(1941)374
- Gallas:** Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen ZStW 67(1955)/4
- Ganpöpl:** Lehrbuch des österreichischen Strafrechts 1905
- Gautier:** Sur l'impunité des actes préparatoires (in Festgabe für Emil Zürcher S.1)1920
- Geilen:** Zur Abgrenzung von beendeten und unbeendetem Versuch JZ 1972/335
- v.Gemmingen:** Die Rechtswidrigkeit des Versuchs (Strafrechtliche Abhandlungen Nr.306)1932
- v.Gemmingen:** Kriminalpolitischer Schulenstreit und Versuchsbestrafung ZStW 52 (1932)/153
- v.Gemmingen:** Die Erfassung der Rechtswidrigkeit im System des Willensstrafrechts DStr 1935/108
- Germann:** Über den Grund der Strafbarkeit des Versuchs 1914
- Germann:** Rechtssicherheit Schw.ZStr.R.49 (1935)/284
- Germann:** Verbrechen und Verbrechenverfolgung Schw JZ 38(1942)/357
- Germann:** Das Verbrechen im neuen Strafrecht 1942 ("Verbrechen")
- Germann:** Der Verbrechensbegriff nach schweizerischem Strafgesetzbuch 1943
- Germann:** Die Rechtsprechung über den Versuch nach schweizerischem StGB SchwZStrR 60(1946)1
- Germann:** Grundlagen der Strafbarkeit -Bemerkungen zum Entwurf des Allg.Teils eines deutschen StGB von 1958 (ZStW 71(1959)/157
- Germann:** Imperative und autonome Rechtsauffassung (in: Methodische Grundfragen S.23)

- Germann:** Schweizerisches Strafgesetzbuch mit kurzen Erläuterungen 8.Aufl. 1966 ("StGB")
- Germann:** Grundlagen der Rechtswissenschaft 2.Aufl. 1968
- Germann:** Grundzüge der Partialrevision des schweizerischen Strafgesetzbuchs durch das Gesetz vom 18.März 1971 ZStrR 87(1971)/337
- Geyer:** Zur Lehre vom strafbaren Versuch Allg.Öster. Gerichtszeitung 1860/129
- Geyer:** Erörterungen über den allgemeinen Tatbestand der Verbrechen nach österreichischem Rechr 1862
- Geyer:** Über die Strafbarkeit untauglicher Versuchshandlungen GS 18(1866)/35
- Geyer:** Über die sog. untauglichen Versuchshandlungen ZStW 1 (1881)/30
- Geyer:** Über den Begriff des Verbrechens Österr.Vierteljahresschrift für Rechts-und Staatswissenschaften Bd 9 (1882)/214
- Geyer:** Über den Versuch des Verbrechens (in: Kleinere Schriften strafrechtlichen Inhalts hrsg.Heinrich Harburger S.263) 1889
- Gössel:** Zur Strafbarkeit des Versuchs nach dem 2. Strafrechtsreformgesetz GA 1971/225
- Goldschmidt, J:** Die Lehre vom beendigten und unbeendigten Versuch (Strafr.Abh.7)1897
- Goldschmidt, J:** Normativer Schuldbegriff (in Festgabe für Frank Bd I S.428)1930
- Goldschmidt:** Despr. von v.Gemmingen " Die Rechtswidrigkeit des Versuchs" Mon Schr.krim.Psych 23 (1932)/652
- Grünhut:** Besprechung von Mezgers Aufsatz " Die subjektiven Unrechtselemente" (GS 89/241) ZStW 50(1930)/286
- Grünhut:** Kritische Bemerkungen zu Edmund Mezgers Strafrecht ZStW 52 (1932)/117
- Gretener:** Der schweizerische Strafgesetzentwurf GS 51 (1895)/458
- Grünwald:** Der Versuch des unechten Unterlassungsdelikts JZ 1959/46
- Gürtner:** Das kommende deutsche Strafrecht Allg.Teil 1934
- Gutmann:** Die Freiwilligkeit beim Rücktritt vom Versuch und bei der tätigen Reue 1963
- Halschner:** System des preußischen Strafrechts 1. oder allg. Teil des Systems 1858
- Halschner:** Die Lehre vom Unrecht in seinen verschiedenen Formen GS 21 (1869)/11, 81
- Härdy:** Handkommentar zum Schweizerischen Strafgesetzbuch 3.Aufl. 1958
- Hafer:** Der neue Vorentwurf zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch ZStW 30 (1910)/613
- Hafer:** Lehrbuch des schweizerischen Strafrechts Allg. Teil 1.Aufl.(1937) 2.Aufl.(1946)



- Hall:** Abgrenzung von Vorbereitung und Versuch im Willensstrafrecht GS 110 (1938)/95
- Hall:** Über das Mißlingen (in: Festschrift für Erik Wolf S.454) 1962
- Hardwig:** Gestaltungsmerkmale im „Strafrecht ZStW 68 (1956)/14
- Hardwig:** Der Versuch bei untauglichem Subjekt GA 1957/170
- Hardwig:** Personales Unrecht und Schuld MonSchrKrim 41 (1961)/194
- Hardwig:** Über die unterschiedlichen Unrechtsgehalte und die Abgrenzung von Unrecht und Schuld JZ 1969/459
- Hegler:** Die Merkmale des Verbrechens ZStW 36(1915)/19, 134
- Hegler:** Subjektive Rechtswidrigkeitsmomente im Rahmen des allgemeinen Verbrechensbegriffs (in: Festgabe für Frank Bd I S.251)1950
- Heinitz:** Das Problem der materiellen Rechtswidrigkeit (Strafr.Abh. 211) 1926
- Heinitz:** Streitfragen der Versuchslehre JR 1956/240
- Heinitz:** Zur Entwicklung der Lehre von der materiellen Rechtswidrigkeit (in: Festschrift für Eberhard Schmidt S.266) 1961
- Heinitz:** Franz v.Liszt als Dogmatiker ZStW 81 (1969) 579
- Helm:** Der strafbare Versuch oder Besprechung des Versuchs und seiner Strafbarkeit mit besonderer Rücksicht auf die positiven Bestimmungen mehrerer deutscher Strafgesetze. Österr. Vierteljahresschrift für Rechts- und Staatswissenschaft Bd 9. (1862)/1
- Herbat:** Handbuch des allgemeinen österreichischen Strafrechts 1.Bd 7.Aufl. 1862
- Hertz:** Der Versuch mit untauglichen Mitteln 1074
- Hertz:** Das Unrecht und die allgemeinen Lehren des Strafrechts 1880
- Herz:** Betrachtung zur Strafbarkeit des Versuches ÖJZ 1950/82
- Herz:** Strafbarer Vorbereitungshandlung? ÖJZ 1954/587
- Herz:** Über Versuch und Rücktritt vom Versuch Österr. Richterzeitung 1960/49
- Herzberg:** Der Versuch beim unechten Unterlassungsdelikt MDR 1973/89
- Hiller:** Zur Versuchslehre des österr. Strafrechts Grünhuts Zeitschr. 5 (1878)/284, 657

- Robert v.Hippel:** Deutsches Strafrecht Bd I Allg.Grundlagen 1925, Bd II Das Verbrechen Allg.Lehren 1930
- Reinhard v.Hippel:** Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch. Zugleich ein Beitrag zur allgemeinen Versuchslehre 1966
- Hirsch:** Soziale Adäquanz und Unrechtslehre ZStW 74 (1962)/48
- Honig:** Kausalität und objektive Zurechnung (in: Festgabe für Frank Bd I S.174) 1930
- Horn:** Der Versuch ZStW 20 (1900)/357
- Horrow:** Grundriß des österr.Strafrechts Bd I Allg. Teil 1947 (1. Hälfte)
- Hruschka:** Zur Frage des Wirkungsbereichs eines freiwilligen Rücktritts vom unbeeendeten Versuch JZ 1969/495
- v.Hye:** Das österreichische StGB Bd I 1855
- Janka:** Das österreichische Strafrecht und der subjektive Versuch 1882
- Janka:** Das österreichische Strafrecht 4.Aufl.1902
- v.Ihering:** Das Schuldmoment im römischen Privatrecht 1867
- Jenull:** Österreichisches Kriminalrecht Bd I 3.Aufl. 1837
- Jescheck:** Entwicklung, Aufgaben und Methoden der Strafrechtsvergleichung 1955
- Jescheck:** Der Einfluß des schweizerischen Strafrechts auf das deutsche SchwZStrR 73 (1956)/134 (Zugl. Festschrift für Logoz)
- Jescheck:** Der strafrechtliche Handlungsbegriff in dogmengeschichtlicher Entwicklung (in: Festschrift für Eb.Schmidt S.159) 1961
- Jescheck:** Die Entwicklung des Verbrechensbegriffs in Deutschland seit Belling im Vergleich mit der österreichischen Lehre ZStW 73(1961)/179
- Jescheck:** Schweizer Strafrecht und deutsche Strafrechtsreform SchwZStrR 73 (1963)/172
- Jescheck:** Die weltanschaulichen und politischen Grundlagen des Entwurfs eines Strafrechtsbuchs E 1962 ZStW 75 (1963)/1
- Jescheck:** Lehrbuch des Strafrechts Allg. Teil 1. Aufl. 1969, 2. Aufl. 1972
- Kadeřka:** Versuch einer Revision des Versuchsbegriffs MonSchrKrimPsych 19(1927)/129
- Kadeřka:** Verkappte Zufallshaftung MonSchrKrimPsych 22(1931)/65. Abgedruckt ferner in: Gesamelte Aufsätze (S.109)1959

- Kadečka:** Die "Ausführungshandlung" JB1 1933/445. Abgedruckt in "Gesammelte Aufsätze (S.86) 1959
- Kadečka:** Von der Schädlichkeit zur Schuld und von der Schuld zur Schädlichkeit SchwZStrR 50(1936)/343. Abgedruckt ferner in: Gesammelte Aufsätze (S.48) 1959
- Kadečka:** Willensstrafrecht und Verbrechensbegriff ZStW 59 (1940)/1 abgedruckt ferner in: Gesammelte Aufsätze (S.9) 1959
- Kadečka:** Nicht rechtswidrige strafbare Handlungen in: Zeitschr. f. österr. Recht und vergl. Rechtsw. 1946, Heft 3/4 S.32 (1. Festschrift für M. Rittler). Abgedruckt ferner in: Gesammelte Aufsätze (S.28) 1959
- Kaniak:** Das österreichische Strafgesetz 5. Aufl. 1960
- Armin Kaufmann:** Lebendiges und Totes in Bindings Normentheorie 1954
- Armin Kaufmann:** Die Dogmatik im Alternativentwurf ZStW 80 (1968)/34
- Armin Kaufmann:** Zum Stande der Lehre vom personalen Unrecht, in Festschrift für Hans Welzel 1974 S.393
- Arthur Kaufmann:** Zur Lehre von den negativen Tatbestandsmerkmalen JZ 1954/653
- Arthur Kaufmann:** Tatbestand, Rechtfertigungsgründe und Irrtum JZ 1956/353, 393
- Arthur Kaufmann:** Die ontologische Struktur der Handlung (in: Festschrift für Hellmuth Mayer S.79) 1966
- Kemsies:** Die tätige Reue als Strafaufhebungsgrund (Strafr. Abh. 259) 1929
- Kern:** Grade der Rechtswidrigkeit ZStW 64 (1952)/276
- Kessler:** Rechtsgut, oder rechtlich geschütztes Interesse, oder subjektives Recht? GS 39 (1887)/94
- Kessler:** Kritische Bemerkungen zum Neuesten in der Lehre vom Objekte des Verbrechens GS 40 (1888)/580
- Kienapfel:** Zur gegenwärtigen Situation der Strafrechtsdogmatik in Österreich JZ 1972/569
- Kitzinger:** Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit im Strafrecht GS 55(1898)/1
- Klee:** Wille und Erfolg in der Versuchslehre (Strafr. Abh. 14) 1908
- Klee:** Das Verbrechen als Rechtsgut- und Pflichtverletzung Deutsches Strafrecht Bd 3 (1936)/1
- Köstlin:** System des deutschen Strafrechts AT 1855
- Kohler:** Studien aus dem Strafrecht Bd I 1890
- Kohler:** Der strafbare Versuch, insbesondere der sogenannte untaugliche Versuch 1890

- Kohlrausch:** Irrtum und Schuldbegriff 1903
- Kohlrausch:** Täterschuld und Teilnehmerschuld (in: Fest-  
schrift für Bumke S.39) 1935
- Kohlrausch+Lange:** Strafgesetzbuch-Kommentar- 43.Aufl.1961
- Krauß:** Erfolgsunwert und Handlungsunwert im Unrecht  
ZStW 76(1964)/19
- Kriegsmann:** Wahnverbrechen und untauglicher Versuch  
(StrfR. Abh. 51) 1904
- v.Kries:** Die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsberechnung 1886
- v.Kries:** Über die Begriffe der Wahrscheinlichkeit und  
Möglichkeit und ihre Bedeutung im Strafrecht  
ZStW 9(1889)/528
- v.Krzymski:** Über die Stellung des österreichischen Straf-  
gesetzes gegenüber dem sogenannten untauglichen  
Versuch Österr. GerZ 59 (1908) Nr. 27/S.214
- v.Krzymski:** Über den Ausdruck "eine Handlung unternehmen"  
nach dem Sprachgebrauche des österreichischen  
Strafgesetzbuches Österr. Zeitschr. f. Strafr.  
4(1913)/109
- Künzler:** Subjektivismus und Objektivismus in der Lehre  
vom absolut untauglichen Versuch (Bulletin A  
Nr.3) 1948
- Kulert:** Die Grenzen der Strafbarkeit wegen untauglicher  
Versuchs 1968
- Kunert:** Die normativen Merkmale der strafrechtlichen  
Tatbestände 1958
- Lackner:** Der allgemeine Teil des künftigen Strafgeset-  
zbuchs in der Auseinandersetzung JZ 1963/617
- Lackner:** StGB Strafgesetzbuch mit Erläuterungen 9.Aufl.  
1975
- Lammasch:** Das Moment objektiver Gefährlichkeit im Begriff  
des Verbrechensversuchs 1879
- Lammasch:** Handlung und Erfolg Grünhuts Zeitschr. 9 (1882),  
221
- Lammasch:** Die Behandlung des objektiv ungefährlichen Ver-  
suchs nach österreichischen Strafrechte Österr.  
Gerichtszeitung 1889 Nr. 2
- Lammasch:** Der Entwurf eines schweizerischen Strafgeset-  
zbuches Schw.ZStrR 8 (1895)/121
- Lammasch:** Der Anfang des Versuchs nach österreichischem  
Strafrecht Österr. Gerichtszeitung 1906 Nr.27
- Lammasch+Rittler:** Grundriß des österreichischen Strafrechts  
5.Aufl. 1926
- Lampe:** Genügt für den Entschluß des Täters in § 43  
sein bedingter Vorsatz NJW 1958/335



- E.J.Lampe: Das personale Unrecht 1967
- Lange: Die notwendige Teilnahme(in:Abh.d.kriminalistischen Inst. an der Uni Berlin 4.Folge V.Band 1.Heft) 1940
- Lang-Hinrichsen: Tatbestandslehre und Verbotsirrtum JR 1952/302, 356
- Lang-Hinrichsen: Bemerkungen zum Begriff der "Tat" im Strafrecht, in Festschrift für Karl Engisch 1969 S. 353
- Leimgruber: Rücktritt und tätige Reue 1916  
Leipziger Kommentar zum StGB, herausgegeben von Jagusch und Mezger 8.Aufl. 1.Bd 1957
- Less: Genügt "bedingtes Wollen" zum strafbaren Versuch GA 1956/33
- Less: Der Unrechtscharakter der Anstiftung ZStW 69 (1957)43
- Liepmann: Die Reue vom kriminalistischen Standpunkt ZStW 22 (1902)/72
- V.Lilienthal: Der Stodt'sche Entwurf eines schweizerischen Strafgesetzbuchs ZStW 15 (1815)/260
- Eduard v.Liszt: Vorlesungen über die allgemeinen Lehren des materiellen Strafrechts 1925
- v.Liszt: Das fahrgeschlagene Delikt und die Cohn'sche Versuchstheorie ZStW 1 (1881)93
- v.Liszt: Rechtsgut und Handlungsbegriff im Binding'schen Handbuche (ZStW 6 (1886)/663
- v.Liszt: Der Begriff des Rechtsguts im Strafrecht und in der Enzyklopidie der Rechtswissenschaft ZStW 8(1888)/133
- v.Liszt: Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts Allg.Teil Bd.V 1906
- F.v.Liszt: Lehrbuch des deutschen Strafrechts 26.Aufl. (neu bearbeitet v.Eberhard Schmidt) 1932
- Lünies: Rücktritt und tätige Reue beim unechten Unterlassungsdelikt NJW 1962/1950
- Logoz: Commentaire du code pénal suisse 1939
- Maihofer: Der Handlungsbegriff im Verbrechenssystem 1957
- Maihofer: Der Unrechtsvorwurf -Gedanken zu einer personalen Unrechtslehre (in: Festschrift f.Th. Rittler S.141)1957
- Maihofer: Der Versuch der Unterlassung GA 1958/289
- Maihofer: Zur Systematik der Fahrlässigkeit ZStW 70 (1958)/159
- Maihofer: Der soziale Handlungsbegriff (in: Festschrift für Eb.Schmidt S.156) 1961



- Malaniuk:** Lehrbuch des Strafrechts Allg. Lehren 1947
- Malaniuk:** Das Strafgesetzbuch und seine Reform JbL 1953/221, 251, 283
- Martin:** Essai sur le délit impossible SchwZStrR 57 (1943)/317
- Maurach:** Die Beiträge der neueren höchstrechtlichen Rechtsprechung zur Bestimmung des Wahnversprechens NJW 1962/716, 767
- Maurach:** Deutsches Strafrecht Allg. Teil 4. Aufl. 1971
- H. Mayer:** Zur Abgrenzung des Versuchs und der Vorbereitung SJZ 1949 1/2
- H. Mayer:** Strafrecht Allg. Teil 1953
- H. Mayer:** Täterschaft, Teilnahme, Urheberchaft (in: Festschrift f. Th. Rittler S. 243) 1957
- H. Mayer:** Vorbemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff (in: Festschrift f. H. v. Weber S. 137) 1963
- H. Mayer:** Strafrecht Allg. Teil (Grundriß) 1967
- M. E. Mayer:** Versuch und Teilnahme (in: Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches, hrsg. von v. Liszt und Aschrodt Bd. I Allg. Teil) 1910
- M. E. Mayer:** Lehrbuch des deutschen Strafrechts 1915
- Mercier:** De la tentative et spécialement du délit impossible 1901
- Mezger:** Die subjektiven Unrechtselemente GS 89 (1924)/207
- Mezger:** Vom Sinn strafrechtlicher Tatbestände (in: Festgabe für Traeger S. 187) 1926
- Mezger:** Strafrecht - Ein Lehrbuch 1. Aufl. 1931  
3. Aufl. 1949
- Mezger:** Willensstrafrecht, Gefährdungsstrafrecht und Erfolgsstrafrecht DJZ 1934/90
- Mezger:** Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken Zeitschr. der Ak. f. Deutsch. Recht 4 (1937)/417
- Mezger:** Die Straftat als Ganzes ZStW 57(1938)/675
- Mezger:** Tatstrafe und Täterstrafe, insbesondere im Kriegerecht ZStW 60(1941)/353
- Mezger:** Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik 1950
- Mezger:** Wandlungen der strafrechtlichen Tatbestandslehre NJW 1953/2
- Mezger:** Die Handlung im Strafrecht (in: Festschrift f. Th. Rittler S. 119) 1957
- Mezger-Blei:** Strafrecht I Allg. Teil - Studienbuch - 15. Aufl. 1973
- Michaelowa:** Der Begriff der strafrechtswidrigen Handlung (Strafr. Abh. N. F. Bd 1) 1968
- Mittasch:** Die Auswirkungen des wertbeziehenden Denkens in der Strafrechtssystematik (in: Abh. d. kriminalistischen Inst. an d. Uni Berlin Folge 4 Bd 1 Heft 3) 1939

- Mittermaier:** Die rechtliche Bedeutung des Ausdruckes : Anfang der Ausführung GS 11 (1859)/197
- Mittermaier:** Beiträge zur Lehre vom Versuche der Verbrechen N.Arch.f.Crim.R.I (1816)/163
- Mittermaier:** Über den Ausgangspunkt der Strafbarkeit der Versuchshandlungen N.Arch.f.Crim.R.II(1818)/602
- Mittermaier:** Über den Unterschied vollendeter und versuchter Verbrechen und über die Grade des Versuchs N. Arch.f.Crim.R. IV (1820)/1
- Moos:** Der Verbrechensbegriff in Österreich im 18. und 19. Jahrhundert 1967
- Münzberg:** Verhalten und Erfolg als Grundlagen der Rechtswidrigkeit und Haftung 1966
- Munoz-Conde:** Theoretische Begründung und systematische Stellung der Strafflosigkeit beim Rücktritt vom Versuch ZStW 84 (1972)/756
- Munoz-Conde:** Der mißlungene Rücktritt: Eine Wiederkehr der Erfolgshaftung? GA 1973/33
- Musyi:** La tentative complexe et le désistement volontaire 1905
- Nagler:** Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit (in: Festschrift zur Binding Bd II S.273)1911
- Nagler:** Begriff der Rechtswidrigkeit (in:Festsgabe zur Frank Bd.I S.228)1930
- Nagler:** Die Neuordnung der Strafbarkeit von Versuch und Beihilfe GS 115 (1941)/24
- Natorp:** Der Mangel am Tatbestand Strafr.Abh. 204(1921)
- Naucker:** Strafrecht - Eine Einführung 1975
- Niese:** Finalität, Vorsatz und Fahrlässigkeit 1951
- Niese:** Die moderne Strafrechtsdogmatik und das Zivilrecht JZ 1956/457
- Nowakowski:** Zur Systematik der Lehre von den Erscheinungsformen des Verbrechens nach der subjektiven Auffassung Zeitschr. für Österr.Recht und vergl. Rechtswissenschaft 1946/22 (zugl.1. Festschrift f.Th.Rittler)
- Nowakowski:** Bemerkungen anlässlich des Aufsatzes "Zur Strafbarkeit des Versuchs" von Hon.DoZ.Dr.W.Hera ÖJZ 1950/334
- Nowakowski:** Das Ausmaß der Schuld Schw.ZStrR 65 (1950)/301
- Nowakowski:** Zur Lehre von der Rechtswidrigkeit ZStW 63 (1951)/310
- Nowakowski:** Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der Verbrechensauffassungen ÖJZ 1953/596
- Nowakowski:** Zur Entwicklung der Strafrechtslehre in Deutschland nach 1945 JBl 1954/134, 159
- Nowakowski:** Das österreichische Strafrecht in seinen Grundzügen 1955
- Nowakowski:** Besprechung von Welzels Lehrbuch 5./6.Aufl. JZ 1958/380, 415

- Nowakowski: Zu Welzels Lehre von der Fahrlässigkeit JZ 1958, 335, 388
- Nowakowski: Das österreichische Strafrecht (in: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, hrsg. v. Mezger, Schönke, Jescheck Bd.3) 1959
- Nowakowski: Probleme der Strafrechtsdogmatik JBl 1972/19
- Oehler: Das objektive Zweckmoment in der rechtswidrigen Handlung 1959
- Ötker: Der Versuch und die Schweizer Strafgesetzentwürfe ZStW 17(1817)/53
- Otto: Fehlgeschlagener Versuch und Rücktritt GA 1967/144
- v.Overbeck: Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Lichte der modernen Strafrechtsschule 1909
- Postalozza: Rechtsgutverletzung oder Pflichtverletzung DStr. 5 (1938)/107
- Pfeiffer-Maul-Schulte: Straßengesetzbuch "Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs 1969
- H.Pfenninger: Das Strafrecht in der Schweiz 1890
- Pfenninger: Das schweizerische Strafrecht (in: Das ausländische Strafrecht der Gegenwart, hrsg. v. Mezger, Schönke, Jescheck Bd.II S.149) 1957
- Pfenninger: Schweizer Strafrecht ZStW 77 (1965)/325
- Picot: La tentative dans les codes pénaux suisses Schw.ZstrR I (1888)/111
- Piotet: La doctrine finaliste des l'infraction Schw. ZstrR 71 (1956)/385
- Plate: Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker 1966
- Plate: Ernst Beling als Strafrechtsdogmatiker JZ 1966/393
- Platzgummer: Der freiwillige Rücktritt vom Versuch JBl 1957/4
- Platzgummer: Die Bewußtseinsform des Vorsatzes 1964
- Platzgummer: Die "Allgemeinen Bestimmungen" des Straßgesetzbuchs im Lichte der neueren Strafrechtsdogmatik JBl 1971/236
- Pöhl: Bedingter Vorsatz ÖJZ 1962/7
- Pöhl: Die Gefahr im Strafrecht ÖJZ 1969/620
- Radbruch: Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für das Strafrechtssystem 1904
- Radbruch: Zur Systematik der Verbrechenslehre (in: Festgabe für Frank Bd.I S.358)1930
- Ralis: Der Begriff und die Strafbarkeit des Versuchs ZStW 61 (1942)/1

- Rappaport:** Subjektivismus und Objektivismus in der modernen Strafrechtswissenschaft Schw ZstrRZ24 (1911)/399
- Remy:** Zur Frage, ob für den Entschluß des Täters in § 43 StGB bedingter Vorsatz genügt NJW 1958/700
- Rittler:** Zu Kadeckas Versuch der Revision des Versuchsbegriffs MonSchr krim.Psych.19 (1927)/520
- Rittler:** Freiheit und Gebundenheit des Richters nach dem schweizerischen Strafgesetzentwurf Schw.ZstrR 46 (1932)/54
- Rittler:** Lehrbuch des österreichischen Strafrechts 1.Aufl. 1933 2.Aufl.1954
- Rittler:** Die finale Handlungstheorie im Strafrechtssystem Maurachs JBl 77 (1955)/613
- Rittler:** Die Ausführungshandlung JBl 1934/1
- Rittler:** Subjektivismus und Objektivismus im Strafrecht JBl77 (1955)/485
- Rittler:** Besprechung von Maurachs Lehrbuch des Deutschen Strafrechts Allg.Teil JBl 77 (1955)/633
- Roeder:** Versuch und Teilnahme nach der "Strafrechtsangleichungsverordnung" ZStW 62 (1944)/303
- Roeder:** Die Erscheinungsformen des Verbrechens im Spiegel der subjektiven und objektiven Strafrechtstheorie 1953
- Roeder:** Der AT des österreichischen StGEntwurfes in der Fassung des Ministerialentwurfes von 1964 - Kritische Bemerkungen 1965
- Rüdig:** Die Denkform der Alternative in der Jurisprudenz 1969
- v.Rohland:** Die Gefahr im Strafrecht 2.Aufl.1888
- Roos:** Verbrecherische Willensäußerung -strafbaror Versuch JR 1950/206
- Rossi:** Die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlung im schweizerischen Strafrecht 1942
- Roxin:** Zur Kritik der finalen Handlungslehre ZStW 74 (1962)/515
- Roxin:** Über den Rücktritt vom unbeendeten Versuch, in Festschr. f. Ernst Heinitz 1972S.251
- Roxin:** Der Anfang des beendeten Versuchs, in Festschr. für Reinhard Maurach 1972 S. 213
- Roxin:** Kriminalpolitik und Strafrechtssystem 2.Aufl.1973
- Rudolphi:** Inhalt u.Funktion des Handlungsunwerts im Rahmen der personalen Unrechtslehre, in Festschrift für Reinhard Maurach 1972 S. 51
- Rudolphi:** Besprechung v.:Reinhard v.Hippel Untersuchungen über den Rücktritt vom Versuch ZStW 85 (1973)/114
- Rümelin:** Die Verwendung der Causalbegriffe in Straf- und Civilrecht aof 90(1900)/171
- Salis:** Die Bedeutung des Erfolgs im schweizerischen Strafrecht 1949
- Salm:** Das versuchte Verbrechen 1957



- Sauer:** Grundlagen des Strafrechts 1921
- Sauer:** Allgemeine Strafrechtslehre 3.Aufl.1955
- Sauer:** Tatbestand, Unrecht, Irrtum und Beweis. Zur Strafrechtsreform ZStW 69 (1957)/1
- Sax:** Zum logischen und sachlichen Gehalt des sog. Umkehrschlusses aus § 59 StGB JZ 1964/241
- Schaffstein:** Das Verbrechen eine Rechtsgutsverletzung DStR 1935/97
- Schaffstein:** Der Streit um das Rechtsgutsverletzungsdogma Deutsches Strafr 4 (1937)/335
- v.Scheurl:** Rücktritt vom Versuch und Tatbeteiligung mehrerer 1972
- Schmid:** Bedingter Handlungswille beim Versuch und in Bereich strafbarer Vorbereitungshandlung ZStW 74 (1962)/48
- Schmidhäuser:** Vom Sinn der Strafe 1963
- Schmidhäuser:** Willkürlichkeit und Finalität als Unrechtsmerkmal im Strafrechtssystem; zur Auseinandersetzung um die finale Handlungslehre ZStW 66 (1954)/27
- Schmidhäuser:** Zur Systematik der Verbrechenslehre (in: Gedächtnisschrift für G.Radbruch S.268)1968
- Schmidhäuser:** Der Unrechtsstatbestand (in:Festschrift für Englisch S.433)1969
- Schmidhäuser:** Strafrecht, Allg.Teil - Lehrbuch - 1970
- Eberhard Schmidt:** Soziale Handlungslehre (in: Festschrift für Englisch S.339)1969
- Schmitt, R:** Rücktritt von der Verabredung zu einem Verbrechen Jus 1961/25
- Schneider, Egon:** Der abergläubische Versuch GA 1955/265
- Schnyder:** Der Versuch am untauglichen Objekte im Falle der Abtreibungshandlung an der Nichtschwangeren Bulletin B 195 Nr. 2
- Schoetensack:** Der Verbrechenversuch (in:Frank-Festgabe Bd.II S.55) 1930
- Schönke-Schröder:** Kommentar zum Strafgesetzbuch 17.Aufl.1974
- Schröder:** Die Irrtumsrechtsprechung des BGH ZStW 65 (1955)/178
- Schröder:** Die Freiwilligkeit des Rücktritts vom Versuch MDR 1956/321
- Schröder:** Grundprobleme des Rücktritts vom Versuch Jus 1962/31



- Schüler: Der Mangel am Tatbestand (Strafr.Abh.181)1914
- Schultz: Die versuchte strafbare Handlung 1961/62
- Schultz: Schweizer Strafrecht ZStW 83(1971)/1045
- Schultz: Dreißig Jahre Schweizerisches Strafgesetzbuch ZStrR 88(1972)/1
- Schultz: Notwendigkeit und Aufgaben der dritten Teilrevision des Schweizerischen Strafgesetzbuchs ZStrR 88(1972)/225
- Schwander: Gefährliche Tat und Rechtswidrigkeit SchwZStrR 63 (1948)/281
- Schwander: Das schweizerische Strafgesetzbuch 2.Aufl.1964
- Schweikert: Die Wandlungen der Tatbestandslehre seit Beeling 1957
- Schwinge: Teleologische Begriffsbildung im Strafrecht. Ein Beitrag zur strafrechtlichen Methodenlehre 1930
- Schwinge-Zimmerl: Wesensschau und konkretes Ordnungsdenken 1937
- Serini: Das neue österr.Strafgesetzbuch ZStrR 90(1974)/1
- Seuffert: Versuchsstrafe und Erfolgshaftung bei vorsätzlichen Straftaten (in: Mitteilungen der IKV Bd. 9 S.109) 1902
- Sievert: Beiträge zur Lehre von den subjektiven Unrechtselementen im Strafrecht 1934
- Sina: Die Dogmengeschichte des strafrechtlichen Begriffs "Rechtsgut" 1961
- Spendel: Die Kausalitätsformel der Bedingungstheorie zur die Handlungsdelikte 1948
- Spendel: Zur Notwendigkeit des Objektivismus im Strafrecht ZStW 65 (1953)/519
- Spendel: Grundfragen jeder Strafrechtsreform. Eine Studie zur Systematik des Strafrechts (in: Festschrift f.Th.Rittler S.39)1957
- Spendel: Der sog. Umkehrschluß aus § 59 StGB nach der subjektiven Versuchstheorie ZStW 69 (1957)/441
- Spendel: Kritik der subjektiven Versuchstheorie NJW 1965/1881
- Spendel: Zur Neubegründung der objektiven Versuchstheorie (in: Festschrift f.U.Stöck S.81) 1966
- Spindler: Das österr.Strafgesetz und die Versuchstheorien 1883
- Stienen: Versuch und Schuld ZStW 34 (1913) 459
- Stienen: Die Strafbarkeit der vorbereitenden Handlung und die Reform des Strafrechts JW 1924/1708
- Stienen: Über die Deliktsform der Vorbereitung ZStW 46 (1925)/362
- Stöger: Der Versuch des untauglichen Täters 1961
- Stoß: Die Grundzüge des schweizerischen Strafrechts Bd I 1892

- Stoos:** Die ethischen und sozialen Grundlagen des Strafrechts SchwZStrR 7 (1894)/269
- Stoos:** Das schweizerische Strafgesetzbuch GS 53 (1897)/471
- Stoos:** Die Strafrechtswidrigkeit ZStW 24 (1904)/319
- Stoos:** Der Anfang des Versuchs nach österreichischem Strafrecht GZ 1908 Nr. 6/45
- Stoos:** Der Anfang des Versuchs nach österreichischem Strafrecht JBl. 1908 Nr. 28/325
- Stoos:** Lehrbuch des österreichischen Strafrechts 2.Aufl. 1913
- Stoos:** Was bedeuten die Worte "eine Handlung unternehmen" im Sinne von § 8 Stg? Österr. Zeitschr.f. StraßR 5 (1914)/94
- Storch:** Die Bestrafung des Versuchs in den österreichischen Vorentwürfen Österr. Zeitschr.f. StraßR 3 (1912)/1
- Stratenwerth:** Der agent provocateur MDR 1953/717
- Stratenwerth:** Die fakultative Strafmilderung beim Versuch. (in: Festgabe zum Schweizerischen Juristentag 1963 S.247) 1963
- Stratenwerth:** Handlungs- und Erfolgsunwert im Strafrecht SchwZStrR 79 (1963)/233
- Stratenwerth:** Die Bedeutung der finalen Handlungslehre für das schweizerische Strafrecht SchwZStrR 81 (1965)/179
- Stratenwerth:** Strafrecht Allg. Teil Die Straftat 1971
- Stree:** Zur Auslegung der §§ 224, 226 StGD (zugleich ein Beitrag zum Versuch erfolgsqualifizierter Delikte) GA 1960/289
- Tarnowski:** Die systematische Bedeutung der adaequanten Kausalitätstheorie für den Aufbau des Verbrechensbegriffs 1927
- Tittmann:** Handbuch der Strafrechtswissenschaft 1. Ausgabe 1806
- Thon:** Rechtsform und subjektives Recht 1873
- Thormann:** Über die Strafbarkeit der Vorbereitungshandlungen SchwZStrR 49 (1935)/1
- Thormann-Overbeck:** Schweizerisches Strafgesetzbuch 1940

- Touaillon:** Zur Lehre vom Versuche Österr.Gerichtszeitung 58 (1907)/393
- Traeger:** Der Kausalbegriff in Straf- und Zivilrecht 1904
- Traub:** Die Subjektivierung des § 46 StGB in der neuesten Rechtsprechung des BGH NJW 1956/1183
- Traub:** Die umgekehrte "Parallelwertung in der Laiensphäre" - Wahndelikt oder untauglicher Versuch Jus 1967/113
- Treplin:** Der Versuch - Grundzüge des Wesens und der Handlung ZStW 76 (1964)/441
- Ulsenheimer:** Zur Problematik erfolgsqualifizierter Delikte GA 1965/257
- Waiblinger:** Rechtsprechung des Bundesgerichts in den Jahren 1953/54 - Zeitschrift des bernischen Juristenvereins (ZbJv) 92 (1956)/201
- Waiblinger:** Subjektivismus und Objektivismus in der neueren Lehre und Rechtsprechung vom Versuch ZStW 69(1957)/189
- Waiblinger:** Die Abgrenzung des strafbaren Versuchs von der strafflosen Vorbereitungshandlung SchwZStrR 72 (1957)/121
- Waiblinger:** Versuch (in: Schweizerische juristische Kartothek Nr. 1199 - 1201 ) 1957
- v.Weber:** Aufbau des Strafrechtssystems 1935
- v.Weber:** Negative Tatbestandsmerkmale (in: Festschrift f.Meuzger S.183) 1953
- v.Weber:** Bemerkungen zur Lehre vom Handlungsbegriff (in: Festschrift für Engisch S. 328) 1969
- Th.Weber:** Die Abgrenzung von Versuch und Vorbereitung in Österreich, der Schweiz und der DDR. Eine rechtsvergleichende Untersuchung 1970
- Wegenert:** Strafrecht Allg.Teil 1951
- Welzel:** Kausalität und Handlung ZStW 51 (1931)/703
- Welzel:** Naturalismus und Wertphilosophies im Strafrecht 1935
- Welzel:** Besprechung von R.Thierfelder: " Normativ und Wert in der Strafrechtswissenschaft" Zeitschr.f.d.ge.Staatswissenschaft 97 (1937)/383
- Welzel:** Studien zum System des Strafrechts ZStW 58 (1939)/491

- Welzel: Um die finale Handlungslehre 1949
- Welzel: Aktuelle Strafrechtsprobleme im Rahmen der finalen Handlungslehre 1953
- Welzel: Wie würde sich die finalistische Lehre auf den allgemeinen Teil eines neuen StGB auswirken? (in: Materialien Bd I S.45) 1954
- Welzel: Die finale Handlungslehre und die fahrlässigen Handlungen JZ 1956/316
- Welzel: Naturrecht und materiale Gerechtigkeit 4.Aufl.1961
- Welzel: Vom Bleibenden und Vergänglichem der Strafrechtswissenschaft 1964
- Welzel: Die deutsche strafrechtliche Dogmatik der letzten 100 Jahre und die finale Handlungslehre Jus 1966/421
- Welzel: Ein unausrottbares Mißverständnis - Zur Interpretation der finalen Handlungslehre NJW 1968/425
- Welzel: Das deutsche Strafrecht 11.Aufl. 1969
- Weßels: Strafrecht Allg.Teil 4.Aufl.1974
- Witz: Vorbereitungshandlung und Versuch nach schweizerischem Strafrecht (Bulletin B Nr. 6)1944
- E.A.Wolff: Der Handlungsbegriff in der Lehre vom Verbrechen 1964
- E.A.Wolff: Das Problem der Handlung im Strafrecht (in: Gedächtnisschrift f.G. Radbruch S.291) 1968
- Würtenberger: Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft 1957
- Zachariae: Lehre vom Versuch der Verbrechen 1836
- Zeller: Entwurf eines Schweizerischen Strafgesetzbuches vom 23.7.1918 - Versuch und Teilnahme- SchwJZ 15 (1918)/383
- Zimmerl: Lehre vom Tatbestand 1928
- Zimmerl: Aufbau des Verbrechenssystems 1930
- Zippeline: Erfolgsunrecht und Handlungsunrecht NJW 1957/1707
- Zürcher: Die wichtigsten Grundlagen eines einheitlichen Strafrechts SchwZStrR 4 (1891)Sonderdruck
- Zürcher: Die neuen Horizonte im Strafrecht SchwZStrR 5 (1893)/1
- Österreichische Strafrechtskommission - Einzelentwürfe -
- Österreichische Strafrechtskommission - Unterlagen - Bd 1 1955

**Protokolle der Österreichischen Strafrechtskommission**  
**Arbeitssitzungen 1 - 3 , 8 - 13 (1955) 4 - 5 (1961)**

**Österreichische Strafrechtskommission -Beslossene Bestimmungen des Entwurfs des Strafgesetzbuches, Strafgesetzentwurf 1.Lesung, 1960**

**Strafgesetzentwurf E 1962 2.Lesung 2. Aufl.**

**Strafgesetzentwurf des Bundesministeriums für Justiz samt Erläuterungen 1964**

**Stellungnahme des Generalprokurators zum Entwurf 1964**

**Die Stellungnahme des OGH zum Entwurf 1964**

**Der Entwurf des (österreichischen) Bundesjustizministeriums zu einem Strafgesetzbuch samt Erläuterungen 1966**

**Regierungsvorlage eines Strafgesetzbuches samt Bemerkungen 1968**



L e b e n s l a u f  
=====

Ich bin am 11. März 1943 als Sohn des Rechtsanwalts und Notars Dr. Hilmar Westpfahl und seiner Ehefrau Helene Westpfahl geb. Conrath in Frankfurt am Main geboren. In den Jahren 1949 bis 1953 besuchte ich die Westendschule in Frankfurt am Main, ab 1953 das Frankfurter Lessing-Gymnasium, an dem ich im Jahre 1962 das Abitur ablegte.

Das juristische Studium habe ich 1962 in Lausanne begonnen und 1963 in Freiburg fortgesetzt. Ab 1964 studierte ich an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Das erste juristische Staatsexamen legte ich 1967 in München ab, das zweite juristische Staatsexamen bestand ich 1971 in Hessen. Seit 1971 bin ich als Rechtsanwalt in Frankfurt am Main tätig.

Frankfurt am Main, den 18. August 1975







